

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

TOMO II

VOLUMEN II

EDUARDO ANDRÉS VELANDIA CANOSA
Coordinador

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

TOMO II
VOLUMEN II



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
René Moreno Alfonso

Secretario General
Jorge Eliecer Pastrán Pastrán

Vocales
Juan Pablo Galeano Rey
Nohora Elena Pardo Posada
Luis Gilberto Ortegón Ortegón
Diana Johanna Beltrán Grande

Fiscal
Alfonso Ruíz Castillo



Comité Editorial
Eduardo Andrés Velandia Canosa
Diana Johanna Beltrán Grande

Coordinador
Eduardo Andrés Velandia Canosa

ÍNDICE

Presentación25

CAPITULO CUARTO LA SENTENCIA EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL

I LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES CON EFECTO LEGISLATIVO. DIFERENCIAS ENTRE MODELOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD *Oswaldo Alfredo Gozaini*

1. Introducción36
2. El rol de la jurisdicción en el control de constitucionalidad38
3. Jurisdicción y justicia constitucional40
4. Las sentencias que comenzaron a insinuar la intención de ir más lejos41
5. Las sentencias legislativas en el derecho comparado latinoamericano43
6. Las fuentes de creación de derechos y la ley46
7. Las sentencias que invaden poderes49
 7.1 Trabajemos sobre dos situaciones distintas49
 7.2 Si la sentencia pone plazos para la adaptación, el conflicto de
 competencias y poderes es posible.49
 7.2.1 Los casos de argentina50
 7.2.2. Las sentencias comunes de tipo legislativas55
8. El control de constitucionalidad y el exceso jurisdiccional59
9. Conclusiones62

II EL PRECEDENTE JUDICIAL EN COLOMBIA *Héctor Francisco Aréval Fόμεque*

1. Introducción66
2. Reseña histórica y antecedentes del denominado “precedente judicial”.....67
3. El precedente judicial, definición y origen.71
4 El precedente judicial, su ubicación en nuestro marco constitucional y legal.....75
5. La sentencia de mérito como presupuesto necesario para la observancia
del precedente judicial.....75

6. La corte constitucional y el precedente judicial.
7. Conclusiones.

III
**PROCESOS COLECTIVOS.
LEGITIMACIÓN PROCESAL
Y EFECTOS DE LA SENTENCIA**
Marcela I. Basterra.

1. Introducción.....	96
2. La tutela de los derechos colectivos en el sistema argentino.....	97
3. Legitimación procesal.....	100
3.2. El defensor del pueblo.....	106
3.3. Las asociaciones especiales.....	108
4. ¿Son <i>erga omnes</i> los efectos de las sentencias en los procesos colectivos?.....	111
5. Las acciones de clase.....	114
6. El fallo “ <i>HALABI</i> ”.....	118
6.1. Los hechos.....	119
6.2. La sentencia.....	120
7. Conclusiones.....	122

IV
**LAS DECISIONES CREATIVAS Y EL MITO DEL LEGISLADOR
NEGATIVO EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL**
Fernando Gama de Miranda Netto

1. Introducción.....	128
2. Premisa no hay solo una respuesta correcta.....	128
3. Clasificación de las decisiones en el proceso constitucional.....	132
4. Las decisiones creativas.....	133
4.1. Interpretación conforme a la constitución.....	134
4.2 – Inconstitucionalidad parcial sin reducción del texto.....	135
4.3 – Actuación positiva contra la ineficacia de la constitución.....	136
4.4 – Actuación positiva sin limites.....	136
5. Conclusión.....	137
Bibliografía.....	138

V
**LA DOBLE INSTANCIA EN EL DERECHO PROCESAL
 CONSTITUCIONAL VENEZOLANO**

Gonzalo Pérez Salazar

1. Aproximación terminológica	142
1.1 Definición	142
1.1.1. Garantía del derecho a recurrir	142
1.1.2. Desde el punto de vista subjetivo	144
1.1.3. Desde el punto de vista de los efectos	145
1.1.4. Desde el punto de vista orgánico	145
1.1.5. Desde el punto de vista material	146
1.2. Constitucionalización de la doble instancia.....	146
1.3. Consecuencias de la constitucionalización de la doble instancia	147
1.3.1. Una vez prevista no se puede desconocer.....	147
1.3.2. Solo puede ser limitado por el legislador	148
1.3.3. Es de aplicación inmediata en los procesos penales, aun cuando no lo haya previsto el legislador.....	150
1.3.4. Es disponible únicamente cuando se está dentro del proceso y no antes del mismo	150
1.3.5. Se entiende satisfecha la garantía a la doble instancia cuando la condena provenga del tribunal de segunda instancia o de última instancia	150
1.4 Posición de la sala constitucional	151
1.4.1 Sentencia n° 88 del 14 de marzo de 2000	151
1.4.2. Sentencia n° 2661, del 25 de octubre de 2002, caso thais gloria molina	153
2. Configuración de la segunda instancia en el sistema de control constitucional venezolano	154
2.1. Recursos contra los autos del juzgado de sustanciación	156
2.2. La apelación en el amparo constitucional	159
2.2.1. Apelación de sentencia definitiva en primera instancia.....	159
2.2.2. No incidencias en el amparo constitucional.....	160
2.2.3. Recurso de hecho en amparo constitucional	161
2.2.4. Eliminación de la consulta	161
2.2.5. Algunas formalidades en la tramitación de la apelación	162
2.2.5.1. Extemporaneidad y forma de cómputo de la apelación en materia de amparo	162
2.2.5.2 Lapso para fundamentar la apelación	163
2.3 Consulta en habeas corpus.....	164
2.4. Revisión de sentencias	164
2.4.1. Revisión de las sentencias dictadas en ejercicio del control difuso	165

2.4.2. El recurso de revisión contra sentencias	166
2.5. De las apelaciones en las demandas de protección de derechos e intereses colectivos y difusos	168
2.6. De las apelaciones en el HABEAS DATA	169

VI

O PROCESSO DE IMPEACHMENT PRESIDENCIAL NO BRASIL

Fernando Soares Tolomei y Sérgio Tibiriçá Amaral

1. Introdução.....	174
2. Breve evolução e modelos de impeachment	175
3 Crimes de responsabilidade.....	177
4. Rito procedimental do impeachment	180
4.1. Investigação	180
4.2. Denúncia na câmara dos deputados.....	182
4.3. Julgamento no senado federal	185
5 Renúncia presidencial	187
6 A atuação do poder judiciário no processo de impeachment	190
7. Conclusões	197
8. Bibliografia	199

VII

EFFECTIVA DEFENSA Y DEFENSA TECNICA EFFECTIVA EN EL PROCESO CONTRAVENCIONAL DE MISIONES - ARGENTINA

José Gabriel Moreira

.....	205
-------	-----

CAPITULO QUINTO PROCESOS CONSTITUCIONALES

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

Jânia Maria Lopes Saldanha y Têmis Limberger

1. Introducción	216
-----------------------	-----

2. La constitucionalización del proceso brasileño.....	217
2.1 Jurisdicción constitucional en tiempos de neoconstitucionalismo	218
2.2 Derecho procesal constitucional nuevas metodologías y nuevos institutos para el proceso.....	219
3. La corte suprema brasileña y la apertura a la sociedad una experiencia afinada con la democracia	221
3.1 Las audiencias públicas un nuevo instituto procesal constitucional en favor de los derechos fundamentales sociales.	222
3.2 Las audiencias públicas en la concretización del derecho a la salud	226
4. Consideraciones finales	230
5. Referencias	231

II

EL CONTROL DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MÉXICO. UN ANÁLISIS JUDICIAL PENDIENTE

Enrique Carpizo Aguilar

1. Introducción	236
2. El intérprete judicial y sus límites frente a la generalidad de los derechos fundamentales o humanos.....	237
3. Hacía un autocontrol de la magistratura constitucional ¿precedentes judiciales o meras coincidencias?.....	240
4. El control de las reformas constitucionales en México ¿interpretación o quebranto constitucional?.....	248
5. ¿Amparo indirecto, acción de inconstitucionalidad o control judicial previo sobre reformas a la constitución?.....	251
6. Conclusiones.....	254
7. Bibliografía.....	257

III

EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN URUGUAY

Rubén Flores –Dapkevicus

1. El derecho a la información	263
2. El derecho a la intimidad	265
3. Regulación jurídica de la información pública.....	267
4. Clasificación legal de la información	271
5. Procedimiento administrativo para acceder a la información pública	273
6. Órgano de control.....	276

7 . Acción jurisdiccional de acceso a la información	278
7.1. Introducción	278
7.2.. El proceso.....	279
8 Conclusiones	281
9. Bibliografía sumaria	283

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 MEJICANO)

Hugo Rubén Gonzalez Elias

1. Introducción.....	288
2. Antecedentes normativos y evolución histórica del recurso extraordinario federal	289
3. Evolución histórica de la acción de amparo en Méjico, Brasil y Argentina	295
4. Caracterización de los procesos en “Ordinarios” y “Extraordinarios”.....	298
5. El rol trascendente de la corte suprema de justicia de la nación en la dimensión política de su accionar.....	312
6. Conclusión.....	313
7. Índice de materias y personas.....	315
8. Bibliografía general.....	317
8.1 Especial	318
8.2 Otras publicaciones	318
8.3. Citas de fallos	318

V

O AMICUS CURIAE COMO INSTRUMENTO DE ACESSO DA TRANSDISCIPLINARIDADE NO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO CONSTITUCIONAL

André Pires Gontijo

1 Considerações iniciais	325
2 Origem e natureza jurídica do amicus curiae no Brasil.....	328
2.1 Origem	328
2.2 O amicus curiae como uma garantia institucional	334
3 Atuação do amicus curiae nos processos de controle abstrato de constitucionalidade.....	341
4 O amicus curiae como instrumento da transdisciplinariedade seu papel em uma visão concretista aberta	346

5 Considerações finais.....	351
6 Referências.....	354

VI
EL AMPARO COLECTIVO
Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO
Ma. del Rosario Huerta Lara

1. Introducción.....	362
1.1. La judicialización de los derechos sociales	363
2. La reforma en México.....	364
3. Interés jurídico e interés legítimo en el derecho mexicano	368
3.1. Interés jurídico. Interés simple y mera facultad. Cuando existen.....	369
4. Acción colectiva, class action, recours collective, acciones de grupo.....	375
5. Propuesta de redacción sobre el amparo colectivo para un código modelo de derecho procesal constitucional para iberoamérica, a saber.....	377

VII
CAUSALES GENERICAS Y ESPECIFICAS DE PROCEDIBILIDAD DE
LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES
-BREVE RECONSTRUCCIÓN DEL ESTADO DEL ARTE EN LA JURISPRUDINCIA DE LA
CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA-
Edgar Andrés Quiroga Natale

1. Introducción	380
2. Fase de ingreso (1992-1994)	382
3. Fase de posicionamiento (1995 – 2004)	386
4. Fase de consolidación (2005 – a la fecha)	394
5. Causales genéricas de procedibilidad de la tutela contra sentencias judiciales.....	396
5. Causales genéricas de procedibilidad de la tutela contra sentencias judiciales.....	396
5.1. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.....	397
5.2. Que se haya agotado todos los medios –ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable	398
5.3. La inmediatez de la acción	400
5.4. La irregularidad procesal (cuando éste sea el caso) debe tener un efecto directo y determinante sobre la sentencia impugnada y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora	402

5.5. Identificación del derecho vulnerado y las causas de la vulneración	403
5.6. Que no se trate de sentencias de tutela	404
6. Causales específicas de procedibilidad de la tutela contra sentencias judiciales	405
6.1 Defecto orgánico.....	406
6.2. Defecto procedimental absoluto	407
6.3. Defecto fáctico.....	409
6.4. Defecto material o sustantivo	412
6.5. Error inducido.....	413
6.6. Decisión sin motivación	414
6.7. Desconocimiento del precedente	415
6.8 Violación directa de la constitución	418
7. conclusiones.....	420
8. fuentes de referencia.....	412
8.1. bibliograficas	412
8.2 jurisprudenciales	422

IX

O PROCEDIMENTO ORDINÁRIO DINÂMICO A SUPERAÇÃO DO RITO PROCESSUAL ESTÁTICO E A LEGITIMAÇÃO DO PROCESSO PELO DIÁLOGO E COOPERAÇÃO. O OBJETIVO DA OFERTA DE JUSTIÇA ACIMA E ALÉM DOS CRITÉRIOS PECUNIÁRIOS

Thiago Azevedo Guilherme y Ana Carolina Peduti Abujamra

1. Introdução	428
2. Do formalismo processual	429
2.1. Da nova concepção para o formalismo	430
2.2. Do formalismo excessivo ao formalismovalorativo	436
3. Rito ordinário e rito sumário – uma dualidade anacrônica e perigosa	
3.1. A atual inexistência de disponibilidade e discricionariedade sobre o rito.	442
3.2. O que não se pretende questionar	446
3.3. O efetivo ponto de dúvida	447
4. Do projeto de um “novo código de processo civil” e a superação da indisponibilidade de ritos	451
5. Das vantagens do novo modelo frente à realidade contemporânea	
6. Conclusão	454
7. Referências bibliográficas	454

**CAPITULO QUINTO
PROCESOS CONSTITUCIONALES**

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**

Marcos del Rosario Rodríguez

1. La consolidación de los derechos humanos como factores de supremacía supra estatal.	460
2. El control de convencionalidad y su hegemonía.	463
3. La incardinación de la jurisprudencia de la corte interamericana en la estructura interna de los sistemas constitucionales.....	468
4. Consideraciones finales.....	475

II

**AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS EN EL DERECHO
PROCESAL CONSTITUCIONAL TRANSNACIONAL**

Yennesit Palacios Valencia

1.Introduccion	480
2. Regla de previo agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna.....	482
3. Estudio de la efectividad de los recursos ante el sistema interamericano.....	484
4. Propuesta frente al derecho procesal constitucional transnacional	488
5.Bibliografía.....	489
5.1.Instrumentos internacionales	491

III

**EL ESTADO CONSTITUCIONAL
DE DERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS**

Raymundo Gil Rendón

1. Introducción	494
2. Estado de derecho	495
2.1. El estado de derecho bajo el análisis del lenguaje.....	495
2.2. Versión liberal del estado de derecho.....	495
2.3. Expresión técnicajurídica del estado de derecho	496

2.4. Estado social de derecho.....	498
3. Neoconstitucionalismo	498
3.1. La visión del neoconstitucionalismo.....	500
3.2. No se puede desconocer el papel de la moral en el derecho.....	504
3.3. Distinción entre reglas y principios	505
3.4. Características del neoconstitucionalismo o estado constitucional del derecho	507
4. Tesis sobre la justicia constitucional	508
5. Conclusiones.....	510
6. Bibliografía.....	510

IV

LAS TRANSGRESIONES DEL ESTADO VENEZOLANO AL ORDEN PÚBLICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

González Valenzuela, Alejandro

Introducción	514
1. Noción de orden público de los derechos humanos.....	514
2. El orden público de los derechos humanos como fundamento del sistema interamericano de los derechos humanos.....	516
3. El orden público de los derechos humanos, supraconstitucionalidad y cláusula más favorable.....	517
4. Transgresiones al orden público de los derechos humanos en la jurisprudencia de la sala constitucional del tribunal supremo de justicia en Venezuela.....	519
5. Transgresiones al orden público de los derechos humanos en el marco del primer plan socialista.....	522
5.1. Contenido del primer plan socialista.....	522
5.1.1. La nueva ética socialista.....	522
5.1.2. La suprema felicidad social.....	523
5.1.3. La democracia protagónica revolucionaria.....	523
5.1.4. Modelo productivo socialista.....	523
5.1.5. Nueva geopolítica nacional.....	523
5.1.6. Potencia energética mundial.....	524
5.1.7. Nueva geopolítica internacional.....	524
5.2. Política legislativa en el marco del primer plan socialista.....	524
5.3. Política ejecutiva en el marco del primer plan socialista.....	524
5.4. Jurisprudencia de la sala constitucional en el marco de las líneas generales del plan de desarrollo, económico y social de la nación 2007/2013.....	525
6. Conclusiones.....	526
7. Referencias.....	527

V

MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES EN MÉXICO Y SUS REPERCUSIONES EN EL DERECHO INTERNACIONAL*Vicente Fernández Fernández*

1. Jerarquía de los tratados internacionales en el orden jurídico mexicano	532
1.1. Introducción.....	532
1.2. Criterios de la suprema corte de justicia de la nación	533
2. Medios de impugnación de los tratados internacionales	536
2.1. Introducción	536
2.2. Controversia constitucional	538
2.2.1. Legitimación activa.....	538
2.2.2. Ámbito de tutela jurídica	540
2.2.3. Legitimación pasiva	542
2.2.4. Plazos y definitividad	543
2.2.5. Características de las sentencias	544
2.2.6. Impugnación de tratados internacionales	548
2.3. Acción de inconstitucionalidad.....	551
2.3.1. Reglas de procedencia.....	551
2.3.2. Legitimación activa	553
2.3.3. Características de las sentencias	554
2.4. Juicio de amparo	557
2.4.1. Introducción	557
2.4.2. Reglas de procedencia	559
2.4.3. Las sentencias de amparo.....	561
3. Consideraciones finales	565

VI

DERECHO DE ANTENA COMO UN INSTRUMENTO DE INCLUSIÓN SOCIAL: MATERIALIZANDO UN DERECHO FUNDAMENTAL EN LA INTERNET*Sérgio Tibiriçá Amaral y Antonio Celso Baeta*

1. Introdução.....	571
2. O direito de antena	571
3. O caráter democrático e fundamental do direito de antena	576
4. O direito positivo de informar na internet	581
5. Conclusão por uma concreta aplicação do direito de antena.....	584
6. Referências	586

VII
LAS DECISIONES DE LOS ORGANOS INTERNACIONALES, EL
BLOQUE DE COSNTITUCIONALIDAD Y SU INCIDENCIA EN EL
DERECHO INTERNO

Nohora Elena Pardo Posada y Carlos Arturo Hernández Díaz

1. Introducción	592
2. La naturaleza del derecho internacional humanitario, en el orden jurídico colombiano	593
3. Componentes del bloque de constitucionalidad según la jurisprudencia de la corte constitucional.....	597
4. El bloque de constitucionalidad y la integración de las normas de derecho internacional humanitario	598
5. Bloque de constitucionalidad y reparación integral	600
7. Lineamientos propuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante daños causados con ocasión de masacres y atentados terroristas.....	605
8. Adopción por la jurisdicción interna contencioso administrativo de las decisiones y recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humonos	606
9. ¿Que incluye la reparación integral?	608
10. Declaratoria de cosa juzgada internacional	610
11. Bibliografía.....	613
12. Sentencias.....	614
13. Revistas	615

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 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 dentro del sistema de fuentes 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 1810 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 de un paradigma académico de código procesal constitucional para Iberoamérica, toda vez que como se verá al interior del libro, existen en nuestros países 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, comprometidos con el derecho procesal. 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

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.

Jurídicas del área de Derecho Procesal. En 1997 promueve 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. 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, como se advirtió, el presente libro corresponde al segundo tomo de la obra contentiva 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) la sentencia en el proceso constitucional; iii) procesos constitucionales; y, iv) 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, 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).

El tercer capítulo contiene: 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 Montaña 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 alcohólica segundo o Código de Trânsito Brasileiro, por **Margareth Vetis Zaganelli y Robledo Moraes Peres de Almeida** (Brasil).

El cuarto capítulo 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 Foméque** (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 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 Aguilar** (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 decisao 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 procedimiento ordinario dinámico: 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 incorporan: 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
Coordinador
Enero 20 de 2011

CAPITULO CUARTO

CAPITULO CUARTO

LA SENTENCIA EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL

I
LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES
CON EFECTO LEGISLATIVO.
DIFERENCIAS ENTRE MODELOS
DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Por Osvaldo Alfredo Gozaíni

SUMARIO

1. Introducción, 2. El rol de la jurisdicción en el control de constitucionalidad. 3. Jurisdicción y justicia constitucional, 4. Las sentencias que comenzaron a insinuar la intención de ir más lejos, 5. Las sentencias legislativas en el derecho comparado Latinoamericano, 6. Las fuentes de creación de derechos y la ley, 7. Las sentencias que invaden poderes, 7.1 Trabajemos sobre dos situaciones distintas, 7.2 Si la sentencia pone plazos para la adaptación, el conflicto de competencias y poderes es posible, 7.2.1. Los casos de Argentina, 7.2.2. Las sentencias comunes de tipo legislativas8. El control de constitucionalidad y el exceso jurisdiccional 9. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Una de las cuestiones más interesantes que ha planteado el derecho procesal civil en la posición que afirma el “activismo judicial”, consiste en fomentar que las sentencias sean productoras de cambios sociales directos, que no pueden esperar la deliberación del poder legislativo ni la implementación reglamentaria de la administración.

Son sentencias que tienen efectos de ley, las que por esa fisonomía, tiñen el sistema democrático y recrean la polémica ancestral sobre el “gobierno de los jueces”. No obstante, es un cambio trascendente que, visto desde la perspectiva de los procesos constitucionales, genera un movimiento institucional que impacta directamente en la función de los jueces constitucionales.

1.2 Precisamente, como los escenarios donde éstos se desenvuelven son diferentes conforme sea el sistema de control de constitucionalidad, el problema de la naturaleza jurídica que tiene la sentencia constitucional se convierte en el nudo gordiano del debate. De este modo, tendremos que analizar si las sentencias que resuelven cuestiones concretas crean un derecho legal del caso pero que al asignarles efectos *erga omnes* cobran el efecto propio de una ley. O, en su lugar, si las resoluciones de cuestiones abstractas de inconstitucionalidad pueden llevar a modalidades de sentencias legislativas; o bien, si un proceso constitucional que decide un conflicto propio y singular puede servir de base para dar soluciones genéricas a través del efecto de la extensión de la cosa juzgada.

Este es el esquema básico de la ponencia, las conclusiones las dejamos para el final.

1.3 Es evidente, entonces, que cada respuesta depende del enfoque y del sistema constitucional, pues en la *jurisdicción concentrada* la actividad del Tribunal Constitucional admite alterar la fisonomía tradicional de la sentencia que decide en uno y otro sentido, permitiendo modalidades que van desde la exhortación al poder correspondiente hasta la integración del vacío legislativo, siendo propio en todas ellas, hablar de un tipo especial para las “sentencias constitucionales”.

En cambio el *control difuso* de la constitucionalidad de las leyes resuelve, además del conflicto constitucional, un problema entre partes, a quienes la eventual ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma solo deviene inaplicable.

En el primer caso, los procesos pueden ser concretos (juicio entre partes) o abstractos (juicio de constitucionalidad propiamente dicho); mientras que en el control difuso siempre hay un debate que anida en el interés de los contradictores. Por eso, el planteo inicial tiene proyecciones distintas. En unos la visión directa asienta en la norma y su adaptación al principio de la supremacía constitucional; en otra, la mirada está en el caso donde esa norma se aplica, de allí que no hay declaraciones generales de inconstitucionalidad, sino resoluciones de inaplicabilidad de ley o doctrina legal.

1.4 Una de esas extensiones eventuales aparece con el efecto expansivo de la cosa juzgada (*erga omnes*) que en el control difuso puede ser contradictorio con la decisión exclusiva para las “justas partes”.

Otra derivación que se advierte es el desplazamiento de algunos principios procesales que se flexibilizan, como la congruencia en juicio (según el cual, el juez debiera fallar conforme lo afirmado y probado por las partes), que pone de relieve el impacto que tienen las decisiones judiciales cuando se ocupan de analizar y decidir contingencias que, siendo motivo del caso en particular, trascienden a las partes para instalar con la sentencia una suerte de modelo a seguir.

También la aparición de nuevos tipos de conflictos originan la necesidad de modificar las reglas tradicionales del proceso, pues cuando hay derechos individuales homogéneos pareciera que la sentencia individual no es suficiente; y que obligar al conjunto de iguales a demandar para lograr la misma satisfacción, no solo produce desgaste jurisdiccional, sino además, es un verdadero escándalo. De allí que la extensión de la cosa juzgada, en estos supuestos, no parece tan grave, pues la identidad fáctica permitiría extender la eficacia del pronunciamiento a todos quienes se encuentren en igual condición y derechos.

1.5 Pero la cuestión no es tan sencilla o simétrica cuando la decisión judicial pretende solucionar el vacío legal (omisión legislativa), reglamentar una norma programática, señalar la inconstitucionalidad de una ley disponiendo más que la inaplicación al caso, o generar un marco legal de seguimiento estricto por todos, entre otras posibilidades.

El problema no está en la sentencia, en sí misma, sino en la posibilidad constitucional de hacerlo, pues depende del marco y permiso que otorguen las Cartas Supremas. En la Carta Fundamental de Argentina, los jueces deben fallar en los casos concretos; y en los modelos de control de constitucionalidad concentrado, el tipo de sentencia legislativa es excepcional y contingente.

2. EL ROL DE LA JURISDICCIÓN EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

2.1 Después del tiempo de las revoluciones libertarias (fines del siglo XVIII) la función de los jueces en el proceso cambia cardinalmente de encuadre. Se posicionan dos corrientes claramente opuestas: el *juez boca de la ley* que solo la aplica y fundamenta; y el *juez intérprete* que analiza el ajuste de la norma con el principio de la supremacía constitucional. En ambos coincide el principio de preservar el apego estricto a los dogmas constitucionales, solo que las vías se instalan en dos grandes terrenos: el *político* y el *judicial*.

En el primero, los franceses pensaron que era mejor dejar en una institución del Estado la autoridad de ejercicio del control de constitucionalidad; pero Hans Kelsen ideó un esquema diferente: el *Tribunal Constitucional*.

Con ello se dio “jurisdicción” a jueces políticos que no estaban para cubrir espacios de legislación, administración o juzgamiento; se diluyó la división de poderes y comenzó a verse la necesidad de referir a administraciones específicas, donde la “administración de justicia” asentaba en los jueces ordinarios y el control de constitucionalidad en los órganos concentrados.

2.2 La fórmula kelseniana que se instrumenta en Europa, y particularmente en la Constitución austríaca de 1920, instituye el ideario de la sentencia que legisla, pero no actúa como creador de normas sino evitando que ellas consagren inconstitucionalidades (por ello se llamó al sistema, de legislación negativa).

El diagrama no habilitaba a que las sentencias profirieran leyes, pero sí que las evaluaran intrínsecamente y, en su caso, las abrogaran o demolieran con un dictamen de inconstitucionalidad. El efecto expansivo, obligatorio, afirmó la seguridad jurídica y, como dice Sagüés, se ganó [...] “en certeza, lógica y seguridad jurídicas, como no podía ser menos en el líder de la teoría pura del derecho” (1).

¹ Sagüés, Néstor Pedro, *El juez constitucional como legislador positivo, Jurisprudencia Argentina, 2010-III, 12*

2.3 El dilema fue dar ubicación institucional a estos organismos cuasi jurisdiccionales; su estructura estuvo naturalmente resistida por la autoridad parlamentaria que veía sesgada su función creadora; así como la administración la observó como un esquema de intromisión y obstáculo.

El tiempo demostró que la genialidad del sistema encontró conflictos polémicos con la jurisdicción común, tanto en materia de competencias como en asuntos más graves situados en las Altas Cortes, quienes veían resignada la autoridad de la cosa juzgada de sentencias revisadas por los tribunales constitucionales, que utilizaron como puerto de entrada y posibilidad de actuar, la violación al debido proceso.

2.4 El otro sistema proviene de la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica y desarrollado en el famoso caso “*Marbury vs. Madison*” (1803) que, en resumen, argumenta que son los jueces, todos y cualesquiera que sean los jueces, quienes tienen el deber de custodiar la Constitución.

El mecanismo que se llamó de “revisión judicial” (*judicial review*), en realidad no es un proceso ni un recurso, sino un deber implícito de la jurisdicción cuya plataforma y esencia es la propia Carta Magna.

A diferencia del modelo político, el jurisdiccional trabaja en el caso concreto. Resuelve y justifica solo para las partes, de allí que ante una eventual inconstitucionalidad, la norma solo pierde vigencia en el conflicto donde actúa, por lo cual se habla de una “inaplicabilidad de ley” antes que de una derogación implícita.

2.5 Con los años, este modelo americano asumió el riesgo que afrontaba darle tanto poder de interpretación a todos los jueces, en la medida que la armonía ideológica lejos estaba de ser posible y cierta. Entonces, en 1958 la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, en el caso “*Cooper vs. Aaron*” (2) resuelve adoptar el sistema del precedente (*stare decisis*) según el cual las sentencias de ella obligarían a los tribunales inferiores (3).

El valor del precedente insinúa una especie de “legislación indirecta” o “mediata”, porque el juez pierde espacio para interpretar según su leal saber y entender, debiendo aplicar la doctrina legal que le llega impuesta.

(número especial).

2 El caso se origina ante la inejecución de la famosa sentencia dictada por la Corte Federal en *Brown v. Board of Education*. P. .

3 Sagüés, *ob. cit.*, p. 12.

La modalidad no alineó al resto de América; algunos optaron por volcarse al régimen concentrado implementado en Europa; otros le asignaron un valor moral a las sentencias de los Tribunales Superiores; pero en líneas generales, la tendencia tiene constantes cambios y adaptaciones.

3. JURISDICCIÓN Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

3.1 Los modelos reseñados, puestos en actividad, generaron críticas y elogios. La convivencia de los tribunales constitucionales con los jueces ordinarios no podemos decir que ha sido indiferente, porque se han abierto severas polémicas entre ellos provocando auténticos conflictos de poder.

De todos modos, cuando se trata de ver solamente el tema de las sentencias, también la desigualdad en el trato se entroniza, sosteniendo la doctrina que mientras las sentencias de los tribunales constitucionales son propias de la “jurisdicción constitucional”; las que emiten los jueces del sistema difuso corresponden a ejercicios de “justicia constitucional”.

3.2 En la descripción de los modelos huelga afirmar que existe una profunda significación por la filosofía que impera en cada uno. Mientras el sistema de la confianza en los jueces (como se conoce al modelo difuso) acentúa la justicia constitucional, es decir, la trascendencia de los valores fundamentales que la Constitución marca y diseña; el sistema de la desconfianza (sea político o de jurisdicción concentrada) tiende a perpetuar el principio de legalidad, es decir, la permanencia inmutable de lo escrito. No son valores los que se tutelan, sino derechos y declaraciones que por estar en la Carta Superior de un Estado deben ser acatados y cumplidos por el principio de supremacía constitucional. Precisamente la labor de evitar interpretaciones contrarias, está a cargo de la jurisdicción constitucional.

En realidad la distancia no es tan significativa en la actualidad; los modelos se fueron aproximando tomando cada uno algo del otro, de manera que aparece cierta coincidencia procesal, pero una gran incompatibilidad cuando se observa la potestad de cada juez en la actividad de control constitucional. Es cierto que ni en Europa ni en Estados Unidos hay una jurisdicción que divida el campo de los casos donde la cuestión versa sobre el principio de legalidad (fiscalización sobre las leyes) y aquél que corresponde, estrictamente, al juicio de constitucionalidad; en los hechos, es el juez o el tribunal constitucional quien practica ambas actividades.

3.3 De este modo, la división teórica que elaboró Kelsen se ha desvanecido, permitiendo que desde los procesos de amparo, o a partir de los planteos incidentales, se pierda la resolución “*in abstracto*” que

debía pronunciarse hacia la generalidad; para solucionar desde el caso particular con alcances “*erga omnes*”.

En suma, el Tribunal Constitucional se aproxima al juez del sistema americano, hasta con la eficacia de la cosa juzgada que en ambos casos les permiten anular decisiones de jueces y tribunales ordinarios.

No obstante, el fenómeno de la extensión de sujetos alcanzados es un compartimiento donde se guardan sentencias de todo tipo (ordinarias, administrativas, constitucionales, etc.), de forma que, mejor resulta mostrar la condición de la sentencia constitucional como verdadero acto de la jurisdicción.

4. LAS SENTENCIAS QUE COMENZARON A INSINUAR LA INTENCIÓN DE IR MÁS LEJOS

4.1 La dimensión e importancia de las sentencias se advierte, esencialmente, en los procesos constitucionales que son, precisamente, donde funge el deber de fiscalizar el principio de supremacía. Pero no significa que se deje de lado la atención del caso concreto, de allí que, también en los procesos comunes, el juez del control difuso realice la misma función, como lo hace el tribunal constitucional en su jurisdicción específica.

En un juicio ordinario el juez debe resolver en forma negativa o positiva: hace o no lugar a la demanda; después modela el alcance de la sentencia y dispone el plazo de ejecución. Esta es la regla del principio de congruencia.

A veces, tanto el juez como el tribunal constitucional advierten que los hechos del proceso trascienden la aplicación normativa, debiendo asumir un rol más activo que el que cumplen. Así como el deber de controlar la constitucionalidad lleva, por vía de principio, a sentencias declarativas, los primeros avances sobre tal ejercicio se dieron cuando con el pronunciamiento se decían cosas que estaban dirigidas a otros que no eran las partes del proceso.

4.2 Las sentencias *interpretativas* fueron la línea de avanzada. Grafican la inteligencia que se da una ley, que puede no coincidir con la voluntad del legislador, característica que destaca así su importancia.

En las cuestiones abstractas de inconstitucionalidad la función interpretativa era propia del sistema; pero en el control difuso, la mera inaplicabilidad no se consideró suficiente, y comenzaron a darse sentencias que *descifraron* el texto constitucional, o *integraron* la norma aplicada dándole una referencia aditiva a su alcance originario.

Tanto la interpretación como la integración constituyeron las fuentes de inspiración para decisiones más osadas, como aquellas que deciden *sustituir* con la sentencia un vacío normativo. A veces, la disposición fue bien recibida, otras, no tanto, por considerar que eran sentencias *manipulativas* que obraban de la mano de la administración.

4.3 Lo cierto es que las modalidades comenzaron como exhortación directa o indirecta a la autoridad legislativa para que supliera con otra, la ley que se había encontrado inconstitucional. Después se aventuró que, ante la demora (inejecución de la sentencia), podía el tribunal actuar como legislador de emergencia, modulando con sus fallos el diagrama legal.

Suele llamarse a ellas como “modulación de los efectos de las sentencias”, porque con la disposición, además de interpretar y actuar el rol funcional que tienen jueces y tribunales constitucionales, también condicionan la aplicación de una ley; o integran su contenido o sustituyen frases alterando el sentido, etc.

Son éstas sentencias de muchos modelos y posibilidades diversas. Algunas exhortan y claman por reformas, otras anulan y encuadran un diseño posible que no arriesgan a crear con el pronunciamiento; también están las que declaran la inconstitucionalidad y abrogan la ley.

Pero en estas modalidades no hay sentencias que legislen, sino perfiles de una decisión que señalan un conflicto con la Constitución. La prudencia del control y la función propia de jueces y tribunales constitucionales se amolda al esquema de la tripartición de actividades propias en el ejercicio del Poder.

4.4 Pero hay otras sentencias que legislan con el sentido y alcance que tiene crear la norma. Hay legislaciones que las autorizan, y por ejemplo, permiten a la Corte Constitucional que dicte de manera provisional una medida que cumpla con la omisión o negligencia del poder encargado de legislar (4).

A veces, la legislación indirecta se produce con el “activismo judicial” que, en casos concretos, ordenan aplicar una política presupuestaria no prevista (por ejemplo, que un municipio invierta en hospitales o en salud); o que derogan un proyecto sustituyendo por otro que consideran constitucionalmente

4 El art. 436 inciso 10 de la Constitución de Ecuador dispone que la Corte Constitucional puede [...] “declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley”.

prioritario; o bien, cuando el juez (difuso) o tribunal (concentrado) suple la inactividad legislativa u ofrece un remedio propio a la laguna legislativa, entre otros casos que debemos analizar con más detenimiento ⁽⁵⁾.

5. LAS SENTENCIAS LEGISLATIVAS EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO

5.1 En el derecho comparado latinoamericano, la tendencia se acentúa con riesgos distintos. En *México* varios Estados resolvieron asumir en sus Tribunales Superiores locales, la posibilidad de dictar sentencias legislativas.

En efecto, el Estado de *Veracruz-Llave* modificó su Constitución Política en el año 2000, para ser pionero en la inclusión de medios de control constitucional local, entre otras acciones. Prevé la figura de la acción por omisión legislativa, siendo competente la sala constitucional para estudiar y elaborar un proyecto de sentencia informativa al pleno del Tribunal Superior de Justicia para su resolución definitiva. Esta entidad limita la acción a los casos en que se estime que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que esto constituya violación a la Constitución, confiriendo legitimación para promoverla al gobernador del Estado y a cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos, otorgando un plazo de dos periodos de sesiones para expedir la ley o decreto en cuestión ⁽⁶⁾.

La decisión solo exhorta, es decir, no dicta sentencias normativas, solo reclama que se integre el ordenamiento legal.

5.2 *Tlaxcala* avanzó aún más, porque el artículo 81 de la Constitución Política del Estado le dio al pleno del Tribunal Superior de Justicia, la misma potestad pero ocupándose no solo de la omisión legislativa, sino también de la rémora de la administración en la emisión de reglamentos o actos administrativos de carácter general.

5 Fallos como el de la *inconstitucionalidad del Concordato suscrito entre Colombia y la Santa Sede; la despenalización del consumo de la dosis personal; la legalización de la eutanasia; la protección del derecho a la inviolabilidad parlamentaria de los congresistas; la inconstitucionalidad de la normatividad reguladora del sistema UPAC; la inexequibilidad de la prohibición de aumentar salarios de los funcionarios del Estado o la inconstitucionalidad de la jurisprudencia del Consejo de Estado relativa a la acción de nulidad, han originado una avalancha de críticas por el desmesurado protagonismo y el gran activismo de la Corte Constitucional de Colombia (López Daza, Germán Alfonso, *El Juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿Un gobierno de los jueces?*, en "Memorias del Primer Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional" (en homenaje a Héctor Fix Zamudio), 26, 27 y 28 de Julio de 2010, Bogotá, p. 174).*

6 Rangel Hernández, Laura, *La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución Mexicana. Un avance en el acceso a la justicia constitucional*, en Revista "Cuestiones Constitucionales", n° 18, enero-junio 2008, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México.

En otros Estados federativos como *Chiapas* y *Quintana Roo* asignan igual desempeño, y en *Coahuila*, la Constitución Política del Estado, en el título quinto, dedicado al Poder Judicial (capítulo IV) regula el problema dentro de los poderes del control de constitucionalidad difuso, el que reiteradamente ha dicho la Suprema Corte de Justicia de México que no se aplica por considerarse ella misma, a los efectos del control de la supremacía, como un Tribunal Constitucional.

México, en general, no aventura en la justicia constitucional sentencias que expliquen disposiciones a cumplir por todos, sin embargo, en la justicia ordinaria comienzan a verse pronunciamientos dictados en cuestiones sociales o de salud, que imponen reglamentos generales.

5.3 En *Bolivia* existe el recurso de inconstitucionalidad por omisión, el cual si bien no está dentro de la Constitución, fue desarrollado por el otrora Tribunal Constitucional (hoy Tribunal Constitucional Plurinacional) aunque limitado al caso de omisiones legislativas parciales (7).

La función es creadora porque con la figura de la doctrina legal más probable, se establece un sistema de fuentes que adiciona en la ley una lectura no prevista.

5.4 En *Brasil* el art. 103-2 de la Constitución de 1988 contiene una prescripción similar: "Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida para hacer efectiva la norma constitucional, se dará noticia al poder competente para que adopte las providencias necesarias, y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en treinta días". Este artículo prevé que la omisión provenga de cualquiera de los tres órganos de gobierno: Legislativo, Ejecutivo o Judicial, pero no arriesga que sean los jueces quienes con la sentencia integren el vacío legal.

No obstante, el art. 5- LXXI de la misma Constitución brasileña dispone que: "Se concederá mandamiento de «*injunção*» siempre que la falta de la norma reglamentaria haga inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía».

7 Rivera Santiváñez sostiene que la configuración procesal adoptada en Bolivia no prevé expresamente este recurso como vía para denunciar la inconstitucionalidad por omisión, dado que esa lectura se debe a una incorrecta redacción del texto del art. 120-1º de la Constitución y el art. 54 de la Ley Nº 1836 del Tribunal Constitucional, que restringe esa posibilidad. El recurso procede contra toda ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, lo que excluye la posibilidad de plantear una acción contra la omisión legislativa que genere una inconstitucionalidad (Rivera Santiváñez, José Antonio, *El recurso de inconstitucionalidad en Bolivia*, Sucre, 2002, ps. 123 y ss.

Se ha hecho notar que esta norma emplea impropriadamente el término *injunção*, *injunction* del derecho anglo-sajón, que significa «prohibición judicial». En cambio el *writ of mandamus* es una orden dirigida a una autoridad para que cumpla un deber impuesto legalmente, para cuyo ejercicio no existe norma reglamentaria.

5.5 Sin agotar todas las posibilidades, es interesante ver el caso de *Colombia*, que tiene la figura desde la Constitución de 1886, aunque se implementa con el nombre de “inconstitucionalidad de la omisión legislativa”, en la carta de 1991.

En 1996, la sentencia C- 073 y al año siguiente la C-540 conformaron la inteligencia como desentrañar el recurso. En ellas se advirtió que, tratándose de omisión absoluta del legislador, la jurisdicción constitucional carece de referente normativo para hacer la confrontación con la Carta. Por ello, la acción de inconstitucionalidad “si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales”. Por esta razón la Corte desecha cargos de inconstitucionalidad por omisión absoluta ya que según ésta, no tendría competencia ⁽⁸⁾.

Sin embargo, la exclusión no es absoluta porque se admite cuando el tipo de imprevisión parte de supuestos de diferenciación o discriminación que vulneren derechos fundamentales. En estos casos, la sentencia puede corregir los vicios, pero no parece que fuera propiamente una sentencia legislativa, sino, antes bien, del tipo de las llamadas “correctivas”.

Es decir que se adopta en Colombia dos tipos de dogmáticas, en un primer lugar la figura proveniente de Alemania de la “*exclusión arbitraria de beneficios*” que tiene como metodología para el control, el parámetro normativo de vulneración de derechos fundamentales como la igualdad y el debido proceso, y por otro lado la doctrina italiana de las *sentencias sustitutivas e integradoras*, ya que en la parte resolutive la Corte mediante sentencia, puede corregir la legislación objeto de control integrando el precepto, convirtiéndose de esta manera no solo en un legislador negativo según la expresión de Kelsen sino en un legislador positivo y activo.

A partir de la implementación de la tesis de la omisión legislativa relativa en combinación con la posibilidad de dictar sentencia manipulativas e integradoras bajo la interpretación del principio de igualdad se ha logrado equiparar situaciones análogas que podrían dar lugar a la

⁸ Cfr. Ramírez Cleves, Gonzalo A., *El control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas en Colombia, exposición del autor en las II Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia, Octubre de 2006.*

inconstitucionalidad primigenia del precepto. De tal manera que si por un lado se piensa que la Corte puede esta inmiscuyéndose en funciones y labores que le corresponden al legislador, desde otra óptica la opción de dicho tipo de control se explica como una forma de darle curso al principio de conservación de la ley, mediante la integración y corrección del precepto y no mediante un fallo de inconstitucionalidad que sería más oneroso en términos de legislación.

5.6 Finalmente cuadra agregar que por “sentencias legislativas” también se entienden aquellas que le indican al legislador cómo debe ser creada la norma futura inexistente; o recreada en los casos de declaración de inconstitucionalidad.

6. LAS FUENTES DE CREACIÓN DE DERECHOS Y LA LEY

6.1 La interpretación constitucional le corresponde a todos los jueces; hoy día no se diferencia si proviene de la jurisdicción difusa o es labor del tribunal constitucional; en todo caso la polémica queda centrada en la potestad de decir la inconstitucionalidad.

Claro está que en esa actividad hay un principio no escrito, casi una regla omnipresente por el cual, cada vez que se deba señalar una cuestión de constitucionalidad, habrá que recordar la “cortesía constitucional” o la “deferencia razonada”, que consiste en que los órganos del Estado se deben un respeto y cortesía mutuos, actuando en sus recíprocos ámbitos competenciales en que cada uno debe tomar decisiones con autonomía, no entrometiéndose en las competencias privativas de otro órgano constitucional ⁽⁹⁾.

6.2 Entre la sentencia que resuelve creando derechos y aquellos que se obtienen con las leyes, existe una vieja polémica que anida en la determinación de las fuentes. Antes de la revolución francesa era aceptada la pluralidad, que Max Weber sostenía como resultado de la tradición, sea ya porque así se comportaban los antepasados o porque la conducta obedecía a reglas ejemplares.

⁹ Por otra parte, en el proceso de interpretación constitucional en Cartas Fundamentales estructuradas bajo el principio democrático, los operadores e intérpretes jurídicos de la Constitución deben presumir la buena fe y constitucionalidad de la obra del legislador y demás operadores jurídicos, salvo que de dichos enunciados normativos no sea posible extraer ninguna interpretación que sea conforme con la Carta Fundamental. Este es el principio constitucional de conservación normativa, conservación del derecho o de presunción de constitucionalidad de los actos legislativos que busca evitar la eliminación o desmantelamiento del ordenamiento jurídico de textos que pudieran ser interpretados en algún sentido en conformidad a la Constitución. Este principio junto con preservar el ordenamiento jurídico busca también asegurar y garantizar la mayor certeza y seguridad jurídica para sus destinatarios. La inconstitucionalidad sólo debe ser determinada cuando una norma jurídica en ninguna interpretación legítima es conforme a la Constitución (Nogueira Alcalá, Humberto, Consideraciones sobre la sentencia Rol n° 464-01-006 del Tribunal Constitucional Chileno, Revista de Estudios Constitucionales, año 4 n° 1 (2006), Universidad de Talca, ps. 437 y ss).

Después el principio de legalidad concentró toda la producción normativa; la casuística se diluyó para convertir a la ley en general y abstracta, y aplicada a todos por igual, porque de ese modo se evitaban privilegios o distinciones.

Las otrora fuentes directas (sentencia, costumbre, doctrina) pasaron a un segundo plano y comenzó el tiempo de la autoridad parlamentaria. La labor del juez deja de encontrar acomodo en el concepto de “decir derecho”; el legislador, se aísla del peso que los jueces tenían, para dejarlos instalados como resguardo de aplicación de la voluntad por ellos declarada en nombre del pueblo.

6.3 Pero esto que fue muy claro en Europa no lo fue tanto en el sistema anglosajón, que conservó el valor de las sentencias como vía de integración jurídica.

Además fue diferente la forma como concretar cada actividad. Los primeros elaboraron principios y reglas estandarizados que definieron a partir de las constituciones y los códigos; a diferencia de Estados Unidos que prefirió pocas leyes, grandes trazos en los derechos constitucionales y un gran respeto por la autoridad judicial.

Lo asombroso fue el impacto de ambas realidades en Latinoamérica, porque ella estructuró sus leyes de procedimientos y organización judicial siguiendo lo hecho en Europa; mientras que las bases constitucionales se tomaron de Estados Unidos; y lo más notable fue que en las últimas décadas del siglo XX, cuando se suceden las reformas constitucionales, el modelo volvió a ser el Europeo, sobre todo, el español de 1978.

6.4 Con estas características los jueces americanos advirtieron que el rol de aplicar el derecho objetivo era solo una parte de su función. La influencia e incorporación del derecho transnacional (sistema americano de protección de los derechos humanos) les agregó un deber más; no fue solo el deber de custodiar la supremacía de texto básico del Estado, sino también, dar operatividad y eficacia a los derechos del hombre.

Esto significa que la función jurisdiccional se va ampliando, la normatividad interna se enriquece con la normatividad supranacional que no se identifica entre fronteras ni se recorta a los límites territoriales. Así como Europa asume que es una Unión que trasciende lo económico, también América latina se unifica con el sistema que trae la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

6.5 Empero, sin tener rango tan elevado, han llegado a los ordenamientos jurídicos una serie de principios y reglas uniformes para resolver prácticas o usos del comercio. Estas son las llamadas *lex mercatoria* o *jus mercatorum*, que generan una producción normativa derivada de las necesidades propias del comercio internacional. Lo curioso es que son normas o equivalentes que surgen de intereses sectoriales, sin la intervención directa de los Estados nacionales.

Este es el caso, por ejemplo, de las Reglas para la Interpretación de la Terminología en la Compraventa Internacional conocida por sus siglas en inglés (INCOTERMS), promovida por la Cámara de Comercio Internacional con el concurso de diferentes cámaras nacionales de comercio. O bien el caso de los Usos y Reglas Uniformes Relativos a Créditos Documentarios, conforme a los cuales un buen número de bancos, a escala internacional, basan sus operaciones. O el de la Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil, la cual ha coadyuvado a la realización de estudios y convenciones para uniformar la compraventa internacional de mercaderías, el arbitraje comercial internacional o los aspectos jurídicos de la transportación marítima. Asimismo puede citarse a la Comisión de Naciones Unidas para Europa, que ha preparado los llamados Contratos Tipo o las Condiciones Generales.

6.6 Con tanta profusión de normas, reglas y principios, sin contar con la necesidad de afianzar las garantías procesales y sustanciales, el juez puede desorientarse y aplicar estándares a situaciones generales que debieran ser resueltas por leyes; o resolver casos particulares con definiciones globales que están pensadas para un contexto que excede la singularidad del caso; es decir, queremos replantear desde una perspectiva procesal, el tema de la función creadora de la sentencia, alertando que no somos partidarios del positivismo como una fuente de producción legal, ni del valor proyectado de la decisión que se quiere destinar a todos.

De algún modo esa fuerza de gravedad que los jueces quieren aplicar a sus fallos es contraria con la discrecionalidad (confianza) que pondera la construcción de las sentencias, pero la discrepancia no supone dramatizar el rol del juez activo o creador, sino, tan solo, poner de relieve que los pronunciamientos que quieren legislar transgreden el principio de la división de poderes ⁽¹⁰⁾.

¹⁰ Quizás, en el fondo, sea cierta la afirmación de Dworkin respecto a que esta discusión asienta sobre bases puramente dogmáticas, porque [...] "en un sentido trivial los jueces crean una nueva ley cada vez que deciden un caso importante. Anuncian una disposición, principio, calificación o elaboración que nunca había sido declarada antes en forma oficial [...]. El derecho existe como un hecho evidente, en otras palabras, y lo que es el derecho de ninguna forma depende de lo que debería ser. ¿Entonces

7. LAS SENTENCIAS QUE INVADEN PODERES

7.1 TRABAJEMOS SOBRE DOS SITUACIONES DISTINTAS:

- a) caso donde el juez debe resolver sobre la constitucionalidad de una ley (acción de inconstitucionalidad)
- b) caso en el que el juez analiza un problema singular sin norma expresa que aplicar.

En el primer supuesto, la sentencia típica resolverá por la declaración de inconstitucionalidad o por su validez; si es un tribunal constitucional los efectos serán *erga omnes*; si es un juez ordinario, el pronunciamiento se aplicará solo al caso.

En ambas el juez podrá exhortar a las autoridades y la sentencia tendrá valor y eficacia sin alterar el marco de adecuación constitucional, en la medida que no legisla, ni se arroga la potestad de hacerlo; solamente señala el defecto, aconseja su revocación; la deja de aplicar en el caso concreto; advierte donde están las imperfecciones y, también puede aconsejar como llevar a cabo las reformas.

7.2 SI LA SENTENCIA PONE PLAZOS PARA LA ADAPTACIÓN, EL CONFLICTO DE COMPETENCIAS Y PODERES ES POSIBLE.

La disputa se da en dos niveles: el de la *autoridad implícita de la sentencia*, que pierde consistencia cuando quien debe acatarla la desconoce por omisión de cumplimiento; y el del *obligado a ejecutar la decisión*, que de someterse a lo resuelto pone en crisis sus propias competencias.

Si es una sentencia constitucional *exhortativa*, las posibilidades de ejecución son desiguales:

- a) *Cuando se declara la inconstitucionalidad y se deja al orden normativo sin marco legal de referencia.* En este caso, la declaración solo resuelve sobre la norma. El legislador queda expectante, pero no está obligado a actuar en el déficit.

por qué a veces abogados y jueces parecen tener un desacuerdo teórico sobre el derecho? Porque cuando parecen disentir en forma teórica sobre lo que es el derecho, en realidad disienten sobre lo que debería ser. Su desacuerdo es sobre cuestión de moralidad y fidelidad y no sobre derecho" (Dworkin, Ronald, El imperio de la justicia, Gedisa, Barcelona, 2005 (2ª reimpresión), p. 19).

- b) *Cuando se declara la inaplicabilidad al caso concreto*, avisando al legislador el vicio de constitucionalidad, sin imponer más que esa advertencia.
- c) *Cuando se declara la inconstitucionalidad y se ordena reglamentar* sobre las pautas que la decisión profiere (llamadas sentencias exhortativas de delegación). Aquí el legislador tiene un deber que, de no cumplir, algunos autorizan a que sea el tribunal quien lo haga.
- d) *Cuando se pone de relieve una inconstitucionalidad sobreviniente*, dejando a la norma en “pausa” (inaplicable) hasta que el legislador cubra la carencia encontrada por el tribunal.

En los casos a) y b) la actuación jurisdiccional solo cumple el deber de “decir el derecho”; mientras que en c) y d) provoca lo que Olano García llama “bloqueo de aplicación”⁽¹¹⁾ que, por su trascendencia e impacto en el régimen normativo, no siempre recibe beneplácito general pese a la prudencia que supone asignar tal efecto provisional a las sentencias constitucionales.

Ahora bien, conjeturemos que la decisión diga más y avance sobre el espacio propio del legislador, a quien se recomienda hacer tal o cual cosa con la norma inconstitucional o con la reglamentación ausente. O bien, cuando la sentencia diseña un marco reglamentario o propone pautas para ello.

Para graficarlo veamos algunos ejemplos de jurisprudencia autóctona:

7.2.1 Los casos de Argentina

En Argentina, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “*Halabi*”⁽¹²⁾ dispuso que [...] frente a la falta de una ley en nuestro derecho que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase -en el caso de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos-, el art. 43 de la Constitución Nacional es operativo y es obligación de los jueces darle eficacia cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular, pues donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido, principio éste del que ha nacido la acción de amparo, ya que las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución

¹¹ Olano García, Hernán, *Clases de sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico colombiano*, en *Revista El Derecho*, suplemento de derecho constitucional del 1º de febrero de 2005.

¹² CS, 2009/02/24, “*Halabi, Ernesto c/ PEN, Ley 25873 y Decreto 1563/04*”, Fallos: 332:111.

e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para su vigencia efectiva”.

Aquí la Corte Argentina opera como legislador supliendo un vacío legal pero sin actuar sobre una supuesta omisión inconstitucional. Observa que hay derechos consagrados como de incidencia colectiva; que tienen representación posible y adecuada en el Defensor del Pueblo, en asociaciones específicas o directamente por el afectado, pero que el diseño procesal es insuficiente para una respuesta totalizadora. Con tal medida dicta una sentencia de tipo *integrativa*, en el aspecto de ocupar con sus predicados las disposiciones que en la ley huelgan.

Esta modalidad, cuando se utiliza en los derechos individuales homogéneos, es decir, cuando el problema de afectación es de uno y de todos otros que se pueden individualizar (para nosotros son derechos de incidencia colectiva, a diferencia de los derechos difusos que son de personalidad indeterminable), no sufren reticencia ni agravio porque se usan con el efecto expansivo de la cosa juzgada, que algunos prefieren llamar “*erga omnes*”, aunque no sea tal ⁽¹³⁾.

La duda queda expuesta en dos planos diferentes. Una asienta en que los fallos de la Corte nacional no obligan a los jueces inferiores, quienes pueden o no seguir el “consejo” procedimental aconsejado; el otro es que la exhortación a los legisladores para que definan el problema de los procesos colectivos puede quedar sometido a un tiempo y a una urgencia que no son las del plazo judicial razonable.

También en el resonado caso “*Verbitsky*” ⁽¹⁴⁾, la Corte Suprema de Justicia nacional, resuelve sin declarar la inconstitucionalidad de precepto alguno para adaptar la legislación a los cánones del campo transnacional, en particular, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso “*Instituto de Reeducción del menor vs. Paraguay*”), para sostener que ella no puede permanecer indiferente ante la gravedad de la situación de las cárceles de la provincia de Buenos Aires, a cuyo fin decide [...] “exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y la legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales”.

13 Gozaini, Osvaldo A., *Sobre sentencias constitucionales y la eficacia “erga omnes”*, La Ley, 2007-D, 1242.

14 CS, 2005/03/05, “*Verbitsky, Horacio*”, Fallos: 328:1146

Esta es una sentencia exhortativa típica que nace de una situación de crisis donde el marco ilegal no es inconstitucional aunque puedan serlo las condiciones como ella se desenvuelve. Aquí no hay sentencia que legisla, pero emana de sus fundamentos un régimen que, si el sistema argentino trabajara con el precedente vinculante, asemejaría a una sentencia de contenido normativo.

También el caso “*Beatriz Mendoza*”⁽¹⁵⁾ es una muestra sensible de cómo se legisla con la sentencia. En este expediente, se presentan diecisiete personas que reclaman contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las cuarenta y cuatro empresas que se encuentran en la ribera de la cuenca del río Matanza – Riachuelo, pretendiendo una indemnización en dinero y la recomposición del daño ambiental.

El argumento central advierte que entre las fuentes de contaminación del río se destacan las industrias, que en la mayoría de los casos vierten sin depuración en la cuenca y el suelo los líquidos que utilizan, conjuntamente con residuos sólidos tóxicos y peligrosos. Las empresas que desarrollan dichas actividades, según afirman, evidencian un estancamiento tecnológico y un estado ambiental deficiente que afecta a todos quienes habitan en la ribera.

La Corte decidió no aplicar los institutos de índole procesal de comprobada eficacia como los concernientes al litisconsorcio, a la intervención de terceros y, en general, a los procesos con pluralidad de partes legitimadas a fin de extender los efectos de las sentencias que se dicten (considerando 17); para aducir que [...] “la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que según se alega en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará del resarcimiento. La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o

¹⁵ CS, 2006/06/20, Fallos: 329:2316

perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales.

“19) Que para la prosecución de estos objetos procesales, no existe la información adecuada, ya que la demanda no ilustra al tribunal aspectos esenciales sobre la cuestión litigiosa. El escrito introductorio tampoco se basa en estudios actualizados, ya que se remite a publicaciones periodísticas o a informes presentados por diversos organismos hace varios años. En cuanto al bien que la demanda denomina “reversible”, se pretende la creación de un fondo público que ascienda, como mínimo, a quinientos millones de dólares, para atender a la recomposición del ambiente y la satisfacción de las indemnizaciones. Sin embargo, no se aporta ningún elemento serio que permita fundar esa decisión por parte de esta Corte Suprema. En cuanto al bien que denomina “irreversible” las demandantes peticionan el pago de una suma de dinero en concepto de daño moral colectivo. Se pretende darle una finalidad satisfactiva y se pide una obra que implique un disfrute para la comunidad, pero no se aporta ningún elemento que permita identificar cuál sería esa obra y cuáles sus beneficios satisfactivos...”.

Pese al marco de incertidumbre que reconoce, no obstante el Alto Tribunal dispuso requerir al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la ciudad de Buenos Aires y a un organismo más para que en el plazo de treinta días y en los términos de la ley 25.675: Presenten un plan integrado que debía contemplar: 1) Un ordenamiento ambiental del territorio (arts. 8, 9 y 10). 2) El control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas (art. 10) “teniendo en cuenta los aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional, deberá asegurar el uso ambientalmente adecuado de los recursos ambientales, posibilitar la máxima producción y utilización de los diferentes ecosistemas, garantizar la mínima degradación y desaprovechamiento y, promover la participación social en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable”. 3) Estudio de impacto ambiental de las cuarenta y cuatro empresas involucradas, y si no los tuviera, los requerirá en forma inmediata. 4) Un programa de educación ambiental (art. 14: La educación ambiental constituye el instrumento básico para generar en los ciudadanos, valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado, propendan a la preservación de los recursos naturales y su utilización sostenible, y mejoren la calidad de vida de la población). 5) Un programa de información ambiental pública a todo el que la requiera, especialmente los ciudadanos del área territorial

involucrada (art. 16: “Las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan. Todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada.” (art. 18: “Las autoridades serán responsables de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre el puedan provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas. El Poder Ejecutivo, a través de los organismos competentes, elaborará un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso de la Nación. El referido informe contendrá un análisis y evaluación sobre el estado de la sustentabilidad ambiental en lo ecológico, económico, social y cultural de todo el territorio [...]).

Este plan de acción que obliga al Estado nacional, provincial y municipal, como era de esperar, ha sufrido notable desobediencia y casi una absoluta inejecución. La Corte quizás pensó que con el caso *Mendoza* creaba un emplazamiento similar al que en su tiempo originó el amparo nacional (casos “*Siri*” y “*Kot*”), sin advertir que la interpretación e integración de la Ley General del Ambiente, en orden a esclarecer el alcance y definición de cuánto se corresponde con el derecho colectivo, no era bastante para conseguir que la ley se ejecutara.

La doctrina más autorizada señaló que [...] “la justicia se ha anticipado a los poderes políticos, en particular al ejecutivo, que sigue sin desarrollar las políticas necesarias para abordar la cuestión. Ello, tiene una incidencia directa en el casi nulo ejercicio del poder de policía en la materia que redundando en una falta de control de las actividades y de prevención del daño ambiental. También cabe destacar la falta de reglamentación de las leyes de presupuestos mínimos que ha sancionado el Congreso, a pesar de los plazos perentorios, ya cumplidos en algunos casos desde hace años, que ellas prevén para esos fines. Todos estos aspectos, junto a otros, están en la base de la demanda judicial que da lugar a la sentencia que se comenta” (16).

La decisión judicial nos muestra el testimonio más evidente de cuánto debe luchar una sentencia bien intencionada cuando ingresa en el espacio que los demás poderes se atribuyen como propios e impenetrables. Ello debe tenerse en cuenta porque una decisión valiente que no es obligatoria es solo eso: un precedente sin fuerza ejecutiva alguna.

16 Sabsay, Daniel A., *La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la sustentabilidad de la cuenca Matanza – Riachuelo, La Ley, 2006-D, 280.*

Finalmente, aunque no es una sentencia legislativa sino un acto de puro ejercicio de control de constitucionalidad, el problema actual con la reposición en el cargo de Procurador General de la provincia de Santa Cruz otrora destituido, es un ejemplo entre los conflictos entre poderes que se provocan cuando la decisión de uno quiere obligar a otro.

En fin la lista podría seguir con múltiples casos más, como la demorada puesta en marcha de la descentralización de la ciudad autónoma de Buenos Aires, que obligó al Superior Tribunal de Justicia local a requerir definiciones del legislador; o con los miles de procesos que condenan al ANSeS a liquidar y pagar sin que ella lo ejecute sin dilaciones; etc. etc.

7.2.2. Las sentencias comunes de tipo legislativas

Distinta podría la sentencia ser cuando desde el caso particular se quieren proyectar soluciones generales, tal como es el planteo del segundo ejemplo puesto como hipótesis.

En los derechos económicos, sociales y culturales se ha visto una progresión constante de decisiones que, amparadas en la necesidad de dar operatividad y ejecución al plan programado por las normas constitucionales de la llamada segunda generación, ocuparon y ocupan volúmenes aumentados de jurisprudencia que lo explana.

La complejidad es distinta a la que tienen los derechos civiles y políticos, porque los derechos sociales mantienen una estrecha relación con la política económica que, de algún modo, los vuelve dependientes de las erogaciones presupuestarias.

El derecho a la salud, siendo una obligación positiva del Estado, está en permanente conflicto en cuanta área se observe, obligando a los jueces a resolver a sabiendas de la inejecución.

En el “*caso B.R.E.*”⁽¹⁷⁾, la Corte resolvió reglamentar la ley 23.798 de Lucha contra el SIDA, facultando a la Policía Federal a incluir dentro de sus exámenes de salud, la detección obligatoria del virus HIV, aún con prescindencia del consentimiento individual.

Esta es una sentencia integrativa que no polemiza más que con el derecho a la intimidad y privacidad de la persona concernida.

¹⁷ CS, 1996/12/17, “*B., R. E. c. Policía Federal s/ amparo*”, Fallos: 319:3040.

En los casos “*Beviacqua*”⁽¹⁸⁾ y *Monteserrín*⁽¹⁹⁾ se decidió integrar el derecho vigente con los estándares provenientes de los instrumentos internacionales de derechos humanos, dando relevancia al interés superior del niño que necesita una protección y asistencia especial, eludiendo así todo conflicto de competencias o deberes entre organismos responsables de la atención.

Lo dicho fue que, la ley 23.661 instituyó el Sistema Nacional de Salud, con los alcances de un seguro social “a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica”. La finalidad de la ley ha sido organizar un marco de asistencia sanitaria desde una concepción integradora, en el cual la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema, cuyo objetivo fundamental es mejorar el nivel de calidad disponible garantizando toda la eliminación de toda forma de discriminación.

Algunas situaciones emergentes de la crisis social llevan a resolver con sensibilidad las emergencias que se plantean, dando lugar a sentencias justas donde la reglamentación prevista se disuelve.

En el “*Programa de Atención para familias en situación de calle*” creado por el Decreto N° 690/06 del gobierno de la ciudad autónoma de Buenos Aires, se dispuso, atento el principio de no regresividad, no aplicar una norma que pusiera al afectado en una situación más desfavorable en relación con la que cursa en la actualidad⁽²⁰⁾.

Este asistencialismo (justo y necesario en ocasiones) se transmite también cuando se pronuncia que [...] “en el caso corresponde, confirmar la sentencia apelada mediante la cual se concedió la ampliación de la medida cautelar anteriormente otorgada y se ordenó al Gobierno de la Ciudad que adoptara las medidas que estimara necesarias con el fin de garantizar –hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo– el alojamiento de la actora y su grupo familiar, a través del pago necesario de una locación u otro medio adecuado al fin perseguido teniendo en consideración que se ha demostrado que el medio elegido por el Gobierno de la Ciudad para cumplir con la medida oportunamente dispuesta no resulta actualmente adecuada para solucionar la situación de emergencia habitacional de la

18 CS, 2000/10/24, “*Campodónico de Beviacqua Ana c/ Min. Salud – Sec. Programa de Salud y Bco. de Drogas Neoplásicas*”, Fallos: 323:3235.

19 CS, 2001/10/16, “*Monteserrín Marcelino c. Estado Nacional –M.S. y A.S.*”, Fallos: 324:3571.

20 cfr. *Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario*, 2009/06/03, “*V. C. L. c/ GCBA y otros s/ amparo*”.

familia amparista. En efecto, considerando que actualmente el subsidio primigeniamente otorgado por el Gobierno de la Ciudad a fin de cumplir con lo ordenado oportunamente ya no resulta suficiente para garantizar el acceso de los amparistas a una vivienda digna, la decisión recurrida no configura más que una medida tendiente a que se dé cabal cumplimiento a la tutela precautoria previamente dispuesta ⁽²¹⁾.

Estas modalidades de sentencias que resuelven desde el caso particular y se proyectan a casos análogos, encuentran expresiones parciales que tienen igual fuerza, como son las medidas cautelares.

Estas, para su despacho favorable, deben cumplir con los recaudos legales generalmente exigidos, los que en determinadas circunstancias bastan con la notoriedad del hecho alegado. Por ejemplo, ante una acción colectiva de prevención y protección contra el dengue, se resolvió en el ámbito específico del amparo como derecho a la tutela judicial rápida y expedita, que la cautelar debía obrar como un sistema normativo de respaldo a la lucha contra dicha enfermedad; de modo tal que se ordenó al Gobierno de la Ciudad que mediante los organismos competentes, arbitrarse las medidas necesarias para erradicar el mosquito *Aedes Aegypti* transmisor del dengue, en las villas y asentamientos de la Ciudad de Buenos Aires a través de los mecanismos técnicos que sean necesarios ⁽²²⁾.

Habitualmente la resistencia que sufre la aceptación de estas condenas difiere según la posibilidad de ejecución.

Un meditado estudio que tomamos como referencia informa que hay tres tipos de casos; 1) los *individuales*, que son generalmente de fácil implementación; 2) los casos *colectivos medianos*, que pueden acarrear algún grado de dificultad pero tienden a implementarse y; 3) los casos *colectivos estructurales*, que generalmente se enfrentan con niveles de dificultad superiores en el acatamiento ⁽²³⁾. La diferencia la trazan en la complejidad del conflicto y en el número de afectados, ofreciendo explicaciones sobre resistencias y realidades que mueven al incumplimiento de las decisiones más abarcativas y de oneroso presupuesto.

21 *Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario, 2009/03/16, "G. A. P. c/ GCBA".*

22 *Juzgado de Primera Instancia N° 12 Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009/04/28, "Fundación Madres de Plaza de Mayo c/ GCCBA s/ amparo (Art. 14 CCABA)".*

23 *Sigal, Martín – Morales, Diego – Rossi, Julieta, Algunas consideraciones iniciales sobre la implementación de sentencias de derechos sociales en Argentina, ver: http://www.esccr-net.org/usr_doc/Morales,_Sigal_y_Rossi_-_Argentina.pdf*

Precisamente por esa falta de ejecución proponen que [...] “como piso, serían necesarios jueces extraordinarios, preocupados por construir y reforzar su propia autoridad en el caso y que sean conscientes de que en el cumplimiento de sus decisiones está poniéndose en juego la propia autoridad y legitimidad del poder judicial. Se requiere su compromiso para lograr los resultados que sus sentencias pretenden y diseñar procedimientos que contemplen las necesidades de cada una de las situaciones que se enfrentan en cada uno de los casos. En nuestro sistema judicial, esto implica jueces fuera de lo común. Si el juez es formalista ó se abraza al diseño perimido de los códigos de procedimientos vigentes que no han incorporado concepciones de acceso a la justicia acordes con la reforma constitucional de 1994, la implementación pierde posibilidades de prosperar. En estos casos, los jueces necesariamente deben instituir procedimientos ad-hoc, si bien permitidos dentro de su margen de acción, no necesariamente prescriptos y mucho menos, obligatorios. Los jueces, se encuentran frente a situaciones novedosas para la función judicial en las que se sienten inseguros respecto del curso de acción a adoptar y –en su mayoría- muestran una marcada resistencia a desarrollar una actividad intensa en un contexto de ausencia de regulación y ante procesos que rompen el paradigma de la actuación judicial tradicional. Esta actitud se profundiza en los jueces más conservadores quienes se sienten desorientados y reacios a experimentar y establecer mecanismos de su propia autoría que van contra los principios del derecho procesal histórico. Con el actual ordenamiento procesal, estos jueces sienten que cumplen con su función a pesar de hacer poco y nada para lograr la efectiva implementación de sus decisiones y actuar sólo a instancia de parte. Más aún, sienten que comportarse de otra manera iría contra los límites que vislumbran para la actuación del poder judicial” (24).

Es cierta la afirmación puesta al cierre, como lo es que las estructuras procesales que rigen en nuestro país no se amoldan a los requerimientos de grupos o entidades que pretenden soluciones colectivas, o decisiones singulares que persiguen del juez una función no prevista.

Con ello queremos expresar que las peticiones que quieren convertir al juez o tribunal en legislador de normas ausentes, o administrador de presupuestos inexistentes, socavan la tripartición del poder; y en modelos de jurisdicción constitucional concentrada, exceden la función de fiscales de la Norma Fundamental originariamente prevista.

24 Ver nota anterior.

8. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL EXCESO JURISDICCIONAL

Si la cuestión se atiende desde la dogmática, pareciera que se renueva la polémica entre la norma y sus realidades, en el sentido que apuntó Carl Schmitt, que consideró irrelevante el poder que se le atribuye a la ley porque, en sus términos, todo era decisión.

Si la ley es decisión, como lo es también la Constitución, ambas se redactan con unas manos concretas que trasladan sus propias premisas políticas a la norma suprema y universal. En esa línea, la verdadera autoridad la ostenta quien es capaz de ejercerla en un estado de excepción, esto es, cuando no hay leyes; quien tiene el poder de imponer una nueva Constitución. La política no tiene, por tanto, nada de estático; nada de obediencia mecánica a un derecho que dispone de recursos para responder en todas las circunstancias, hacerse obedecer en todas las situaciones y determinar la manera en que se ha de ejercer la autoridad. El poder no nace de la norma, sino la norma del poder (algo ya anticipado por Hobbes en el *Leviatán*) ⁽²⁵⁾.

La teoría, como es sabido, no es nueva, porque anida en la visión de crear el derecho desde la nada; motivando la necesidad de cubrir la legislación ausente en la resolución de una causa justa.

Por supuesto que el positivismo resiste a ultranza esta posibilidad. Los estudios más modernos argumentan que [...] “el modelo del mundo sin reglas no tiene nada que ver con la moral o la política; sino con la autonomía de la persona que se trata de organizar dentro de un cierto orden y con sujeción a ciertos parámetros normativos y éticos. Por ello, toda la idea jurídico – política de Schmitt pivota en torno a la idea de excepcionalidad. Pero la excepcionalidad no es más que la exasperación de lo que típicamente se llama una situación especial, lo que en el pensamiento alemán se ha denominado *Ernstfall* y que pudiera traducirse por caso serio o caso límite” ⁽²⁶⁾.

En consecuencia, la sentencia que se justifica por ser necesaria en un caso difícil que la obliga a legislar, en realidad no resuelve el conflicto singular porque se proyecta con la jurisprudencia y su efecto expansivo a todo el orden jurídico.

²⁵ Kelsen, Hans - Schmitt, Carl, *La Defensa de la Constitución*, (Carl Schmitt vs. Hans Kelsen), Tecnos, Madrid, 2009, ps. 176 y ss.

²⁶ Laporta, Francisco J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007, p. 123.

Al respecto sostiene Laporta que [...] “en la solución del *hard case* el decisor no está solo frente al caso concreto y toma una medida radicalmente original, sino que se encuentra rodeado de ciertas pautas normativas que pretenden regular el caso *ex ante* y, por tanto, predeterminar la decisión. Por eso, en este modelo se puede mantener rotundamente que se está dentro del universo del imperio del derecho. Estas pautas son los principios, y son, como digo, pautas normativas y vinculantes. Lo que ocurre es que no son reglas, sino otra cosa que se debe distinguir: esto es la distinción entre norma y regla [...]” (27).

Tomando este rumbo toda solución para casos difíciles convierte en un riesgo la aventura de juzgar. En un proceso bilateral y contradictorio como el nuestro, cualquiera sea el pronunciamiento, siempre uno estará desconforme. Por eso, cuando la sentencia quiere extender sus efectos más allá del reducto de las partes, tiene que tener muy en claro si existe posibilidad de aceptación (cumplimiento) y, en su caso, cuando opera sobre lo incierto por inexistente (vacío legal, omisión inconstitucional, sentencias interpretativas, etc.), la cobertura reglamentaria desde la sentencia no puede tomarse como una contingencia del proceso.

En consecuencia la sentencia que legisla es pura voluntad, pero no tiene más valor que el que profiere el efecto expansivo de la cosa juzgada, esto es, para que las partes la cumplan; para que el grupo alcanzado por la incidencia colectiva requiera ser beneficiario del alcance dispuesto; o para que tenga un presupuesto de trabajo aquel que deba por sus competencias específicas, resolver en definitiva el déficit legal (el legislador si es la ley; el administrador si es un reglamento); pero jamás podrá significar que la sentencia sea creadora de leyes o reglamentos.

La discrecionalidad judicial no se tolera en el control de constitucionalidad, como es ajeno en su dinámica el voluntarismo creador o la parsimonia del tribunal que no urge o clama (de allí que solo aceptemos en este diseño, las sentencias exhortativas) por las reparaciones justas.

Ejemplos:

Si se inaugura un hospital desmantelado y sin equipos, los recursos humanos quedan inoperantes más allá de las atenciones básicas y de urgencia. No es función del juez ordenar la adquisición de insumos o la provisión de maquinarias, sino intimar para que ello se haga de mediar

27 Laporta, *ob. cit.*, p. 123.

expresa petición de parte afectada (poderes conminatorios de la jurisdicción).

Si la Constitución establece entre las garantías el derecho a la protección de los derechos difusos, como el ambiente o el patrimonio cultural o artístico, no es función del juez reglamentar la omisión de la ley ausente; tan solo podrá advertir que es inconstitucional la omisión o la rémora legislativa.

Si la Constitución asigna derechos prestacionales (vivienda digna; estabilidad laboral; protección a la familia; seguros sociales, etc.) ellos no son más que derechos subjetivos públicos destinados a ser satisfechos por la ley o por la administración mediante gestión presupuestaria; no puede el juez convertir en un derecho exigible de tipo singular porque de hacerlo revierte la organización institucional ⁽²⁸⁾.

Cuando se cuestiona una ley por inconstitucional, la declaración sobre ella debe versar únicamente sobre el llamado “conforme”, más no tolerar excesos de la jurisdicción que menoscaben las competencias de los pares en el ejercicio del poder ⁽²⁹⁾.

28 Dice Hernández Valle: *“En nuestro criterio, estas normas no otorgan a los administrados auténticos derechos subjetivos públicos, sino que se trata más bien de verdaderas normas de legislación o programáticas (Crisafulli) cuyos destinatarios son los órganos estatales, especialmente la Asamblea Legislativa. Tales normas establecen directrices de naturaleza política con el fin de que la acción de los gobernantes se canalice en el sentido de satisfacer, en la medida de las posibilidades económicas del Estado, tales pretensiones materiales de los ciudadanos, pues se considera que la efectiva satisfacción de esos intereses sustanciales propugna una sociedad más igualitaria y justa, que son dos de las finalidades esenciales que persigue el moderno Estado social y democrático de Derecho. El incumplimiento de tales directrices, ya sea por parte del legislador o de la Administración, no puede conceder a los ciudadanos derechos subjetivos para exigir que tales prestaciones se cumplan efectivamente, primero, porque nadie está obligado a lo imposible -ni siquiera el Estado-, y en segundo término, porque la estructura jurídica del derecho subjetivo consiste precisamente en un poder exigir una conducta o una prestación a la cual está obligada la otra parte. En este caso, la supuesta parte incumpliente -el Estado- no está obligada a la realización de ninguna prestación concreta, pues las normas de legislación respetan la discrecionalidad política del legislador, dado que ésta constituye la esencia del Parlamento en un sistema democrático de gobierno. A lo sumo, las directrices de legislación implican una prohibición para el Parlamento y la Administración pública de actuar en forma contraria al contenido de la directriz, pero nunca un mandato al legislador (Rubio Llorente) que sea vinculante y que, en consecuencia, tenga efectos jurídicos concretos en caso de que no sea actuado (Hernández Valle, Rubén, La tipología de las sentencias constitucionales con efectos fiscales, Revista española de Derecho Constitucional, nº 41 [mayo/agosto], 1994, p. 229).*

29 Una preocupación constante del Tribunal Constitucional español, según Gascón Abellán, es su empeño por separar rigurosamente los problemas de legalidad y de constitucionalidad, y esto al menos en dos sentidos. De un lado, el Tribunal recuerda que su función no es la de sustituir al Parlamento, que

9. CONCLUSIONES

Las sentencias constitucionales no son legislativas pero argumentan en forma completa la visión de quien tiene como deber dar eficacia y practicidad al dogma constitucional. El juicio de constitucionalidad justamente es eso: ceñir la norma al espacio de lo posible sin menoscabo a garantías y derechos fundamentales.

El discurso de la sentencia no equivale a la exposición de motivos de una ley; pero hace las veces de lector atento que señala y critica el uso equivocado o el fraude constitucional que puede llevar a la aplicación de la ley observada.

Es verdad que en los tipos de sentencias constitucionales, las que desentrañan y provienen del último intérprete de la Constitución (Cortes o Tribunal Constitucional) encuentran límites precisos entre sostener la validez de una cláusula o anular su aplicación; pero cuando esa decisión incide con generalidad y obligación a todos quienes deben utilizarla, la sentencia se convierte en *cuasi legislativa* y, así, la función de control se exagera al tomar partido por una lectura particular que no tiene debate parlamentario, aunque sea producto de un acuerdo judicial que pueda hacer las veces de ello.

En un sistema difuso donde no se aplique la jurisprudencia con valor de enlace obligatorio, la decisión es moralmente admisible y contribuye con el legislador dando pautas; de su lado, el efecto *erga omnes* de la sentencia del tribunal constitucional es una función consustancial que está muy cerca de legislar cuando a la norma se la complementa con disposiciones o reglamentos que se amparan en la necesidad de integrar y armonizar la interpretación.

Introducir nueva legislación merced a extender el contenido normativo del precepto a supuestos no previstos por el legislador, sólo parece admisible cuando se trate de sentencias a *rime obbligate*, según la expresión italiana, exigidas por el ordenamiento; es decir, cuando la atribución a un determinado grupo de las ventajas o beneficios previstos en el precepto presuntamente inconstitucional sea necesaria para la

goza de una innegable libertad política; no es, por tanto, la de fijar la mejor interpretación de cada precepto constitucional, sino tan sólo la de eliminar aquellas que resulten intolerables, de manera que la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución (Gascón Abellán, Marina, La justicia constitucional: Entre legislación y jurisdicción, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 41 [mayo/agosto], 1994, p. 67).

protección de un bien o valor constitucional y, además, sólo quepa un modo de realizarla ⁽³⁰⁾.

En cambio, si la sentencia es solo una parte de la interpretación, y es factible tener alternativas u opciones, no debiera ser ella quien justifique la elección, aun cuando se fundamente en la supremacía constitucional.

³⁰ Gascón Abellán, *ob. cit.*, p. 73.

II EL PRECEDENTE JUDICIAL EN COLOMBIA

Por: Héctor Francisco Aréval Fómeque

SUMARIO

1. Introducción, 2.- Reseña histórica y antecedentes del denominado “precedente judicial”., 3.El precedente judicial, definición y origen., 4.El precedente judicial, su ubicación en nuestro marco constitucional y legal., 5.La sentencia de mérito como presupuesto necesario para la observancia del precedente judicial., 6. La corte constitucional y el precedente judicial., 7.Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando como estudiantes de pregrado en las Facultades de Derecho abordamos el estudio de la asignatura Teoría General del Proceso, uno de los temas básicos de aprendizaje corresponde a los denominados *Principios Fundamentales de Derecho Procesal y Reglas Técnicas de Procedimiento*.

A propósito de los Principios Fundamentales uno de ellos merece especial estudio y comprensión, el denominando *Igualdad de las Personas frente a la Ley y al Proceso*. Más del compendio de principios y reglas técnicas de procedimiento que desde la época del aprendizaje en el pregrado abordamos e intentamos comprender, luego como abogados aplicarlos en la actividad profesional, surge un principio de indiscutida importancia y de inevitable aplicación en todo proceso judicial, incluyendo el proceso arbitral, el denominado *Principio de la Seguridad Jurídica*.

Sin duda la seriedad y acatamiento por los justiciables de las decisiones judiciales, se edifica preponderantemente en saberse que el pronunciamiento del Juez ocurrió con apego a la Constitución Política y la Ley, pero además que el sentido del fallo que resuelve el conflicto intersubjetivo guarda un grado de concomitancia con la manera como previamente el mismo Juez o Tribunal, u otros, resolvieron casos similares. No se entendería que casos similares recibieran un tratamiento disímil por el Juzgador.

A casos similares soluciones similares. Este axioma se constituye en pilar fundamental en beneficio del justiciable y de observancia para el juzgador, de contera en cumplimiento de los principios señalados.

Surge entonces el interrogante: ¿Mediante que mecanismo es posible lograr el cumplimiento del axioma indicado? La respuesta la encontramos en el denominado "*precedente judicial*".

Se constituye entonces en tema base de esta ponencia abordar la figura del "*Precedente Judicial*", en que consiste, cual es su fundamento, su función garantista de los principios de la Igualdad de las Personas frente a la Ley y al Proceso y el de la Seguridad Jurídica, su observancia por el juzgador en sus decisiones y las que adopte el superior funcional

bajo los preceptos de verticalidad y horizontalidad, todo ello enmarcado dentro del presupuesto de “*autonomía judicial*”.

La doctrina y la jurisprudencia, la conformación de líneas jurisprudenciales, se constituyen en fundamentos edificables del *precedente judicial*.

Se requiere de igual manera establecer las similitudes y diferencias existentes entre los conceptos de *precedente judicial* frente al denominado *precedente jurisprudencial*.

2. RESEÑA HISTÓRICA Y ANTECEDENTES DEL DENOMINADO “PRECEDENTE JUDICIAL”.

Una vez en territorio americano se impone el Derecho que importó el colonizador español, desaparece prácticamente en su totalidad el derecho indiano o autotono de nuestros pueblos aborígenes. Así, los antecedentes sobre los que se edificó el derecho peninsular, se establecen a su vez en los antecedentes del nuevo derecho instituido en América. Influencia en consecuencia de los sistemas procesales Griego, Romano, Germano y Canónico.

Sin duda nuestras instituciones sustanciales y procedimentales tienen una indudable influencia y caracterización del Derecho Romano antiguo. Se hace prudente recordar las fases y sub fases del proceso romano, a partir de dos épocas bien diferenciadas: **(i)** la denominada *ordo iudiciarum privatorum*, fase que a su vez se fraccionó en las sub fases: *actio legis*, luego el *procedimiento formulario*. **(ii)** Posterior el procedimiento de la *extraordinaria cognitio*.

La primera época claramente privatista, se impone la petición de parte, la oralidad, el juez colegiado temporal y privado, la libre apreciación de la prueba. En la *actio legis* –acciones de ley- se estipulaba desde el punto de vista del derecho sustancial que las acciones se concebían como fórmulas previamente establecidas en la ley, así por ejemplo las acciones de las *Doce Tablas*. El justiciable solamente podía acudir frente al *pretor* en ejercicio del derecho de acción siempre que el hecho tema del conflicto estuviera consagrado en la ley, no bastaba entonces la existencia u ocurrencia del conflicto, se requería además que el supuesto de hecho del mismo, estuviese contenido en una ley de carácter sustancial, así por ejemplo en la Ley de las Doce Tablas ya citada.

Estos presupuestos son hoy de aplicación entre nosotros, los hechos sobre los cuales consideramos edificar el conflicto intersubjetivo deben estar previamente consagrados en una norma sustancial, la que además debe perseguir un determinado efecto jurídico, así se estipula en el artículo 177 del CPC, a propósito de advertir sobre la denominada *carga de la prueba*.

Se impone en nuestro ordenamiento positivo que lo factico del conflicto debe estar contenido como supuesto de hecho en la norma sustancial, o lo que es lo mismo, no es posible invocar frente a la jurisdicción, para su solución heterocompositiva, aquél conflicto cuyo contenido factico no se encuentre contenido en una norma. El precedente de la *Actio Legis* del proceso Romano antiguo no permite por ejemplo que un cónyuge de manera individual y autónoma impetre demanda contenciosa de Divorcio frente al otro bajo el argumento de haberse deteriorado o desaparecido el sentimiento que constituyó la causa de la unión, esa circunstancia sin duda determinante para la ocurrencia del matrimonio, a la postre es inexistente e irrelevante al momento de considerarse dar por terminado el vínculo.

Se advierte entonces que nuestro sistema procesal se constituye en fiel reflejo de esa primera fase del proceso en la antigua Roma, de la *Actio Legis*.

Posterior a la sub fase de la *Actio Legis* aparece en ese sistema privatista de administración de justicia la sub fase denominada *Procedimiento Formulario*. Este segundo momento del proceso en Roma se caracterizó por ser más flexible que el anterior, así el *Pretor* puede aceptar acciones aún aquellas no contempladas en la norma, bajo la condición de ser verosímiles y creíbles.

El *procedimiento formulario* deja atrás la rigidez de la etapa anterior excesivamente formalista y excluyente, permitiendo que conflictos de diversa índole puedan ser aceptados por el Pretor –*Pretor*- y luego decididos por el Juez colegido de carácter privado, denominado *Iudex Árbitro* que decidía en asuntos civiles, el *Iurati* respecto de conflictos de naturaleza penal.

La fase de la *Ordo Iudiciarum Privatorum* en su conjunto se caracterizó por resolver los conflictos por jueces colegiados, populares y transitorios, quienes disponían del poder de decisión, más no así del poder de ejecución, si se requería, dicha actuación debía adelantarse ante el *Pretor*.

Al desaparecer en Roma el proceso esencialmente privatista, aparece un segundo procedimiento bajo dirección oficial, dirigido por un funcionario público de carácter permanente, se erige el Estado como administrador de justicia, referimos a la época de la “*extraordinaria cognitio*”. Características principales de esta época son: (i) desaparece el sistema acusatorio o dispositivo; (ii) comienza a imponerse el sistema inquisitivo o inquisitorio caracterizado este por la escritura, dejando atrás la oralidad; (iii) desaparece el juez colegiado, popular y transitorio, dando paso al juez unipersonal, permanente y representante estatal; desaparece el sistema de la libre apreciación de la prueba, dando paso al sistema de la tarifa legal de la prueba que encontró su auge en la edad media.

Este período recibió el nombre de “*conocimiento extraordinario*” en razón a que los particulares podían en últimas acudir directamente ante el “*príncipe*” como máxima autoridad estatal, para que a partir de su intervención se dirimiera el conflicto, surgiendo así los primeros atisbos de lo que luego se conoció como los recursos.

Con la desaparición del imperio Romano o mejor su disgregación cuando un Emperador se convierte al cristianismo, dio lugar a la aparición y posicionamiento de otras escuelas o sistemas procesales como lo fueron los denominados Procesos *Germano* y *Canónico*. El primero de ellos desarrollado de manera simplista, confundiendo el proceso con un rito en la medida que se consideraba que la divinidad era quien descendía y aplicaba justicia. La Confesión se entroniza como prueba reina y la tortura como mecanismo para su obtención. El proceso *Canónico* más estructurado y pensante conserva rasgos del proceso germano, pero sus cultores hacen importantes aportes a las formas procesales que en la actualidad se conservan, criticándoseles en todo caso la conservación del sistema de tarifa legal para el recaudo y valoración de la prueba, lo que de suyo hizo más refinadas las formas de tortura para obtener la confesión, prueba que conservó su primacía en este periodo. Los Tribunales de la Santa Inquisición y del Santo Oficio, dan cuenta de la influencia determinante de la Iglesia en la solución de conflictos de diversa índole bajo un sistema inquisitivo.

Posterior aparece una fusión de características que irrigan el proceso, tomadas ellas de las diversas formas procesales rezago de los sistemas advertidos, surge lo que se conoce como proceso *Romano-Germánico*, de igual forma el *Romano-Canónico*, fusiones que a la postre vendrían luego a posicionar las formas propias del proceso judicial en distintas regiones del mundo occidental.

La Revolución Francesa vino a romper en paradigma existente no solo en lo político, social y económico, de igual manera influenció la concepción y el manejo del derecho, tanto en lo sustancial como en lo procedimental. Se retoma la concepción privatista del derecho, el conflicto de partes, la íntima convicción para valorar la prueba.

La influencia del proceso *Romano-Germánico* la cuenca de los países mediterráneos, entre ellos España, país que luego de la mal llamada conquista de territorios de ultramar, luego llamados América, no solo introdujo la lengua, religión, cruce de razas, costumbres, además impuso el Derecho que en la península imperaba, por demás arrasando el Derecho aplicado por nuestros aborígenes, el cual no distaba en nada de ser un mecanismo adecuado para la solución de conflictos en nuestras tierras.

En tierras latinoamericanas, sin duda en nuestro país, el proceso romano impuso el sistema imperante para la época de la *Actio Legis*, ello a consecuencia de igual influencia en la Europa Continental. No ocurrió así en Inglaterra, donde se deduce su sistema procesal no fue permeado por la corriente continental, no aplicaron las características del sistema inquisitivo o inquisitorio propias de la fase del proceso Romano de la "*extraordinaria cognitio*", a contrario dieron aplicación a las formas procesales propias de la primera época la "*ordo iudiciarum privatorum*", en específico las propias de la sub fase denominada "*procedimiento formulario*".

Esta aseveración en la medida que bajo el denominado *procedimiento formulario* le era permitido al *Pretor* aceptar al Actor cualquier acción –*Actio*- siempre que fuera verosímil y creíble, aún cuando no estuviera contenida en la fórmula.

Surge en consecuencia en la Gran Bretaña y luego en los países de influencia Anglosajona una forma propia de solución al conflicto con sus propias instituciones y mecanismos de aplicación para la solución al conflicto. Aparece en el ámbito judicial un nuevo sistema denominado **Common Law**.

El sistema del Common Law dispone de las siguientes características: (i) se sustenta en una serie de reglas que tienen su origen en la costumbre; (ii) las reglas adquieren jerarquía en razón de aplicarse la Jurisprudencia; (iii) toma en consecuencia importancia las sentencias previas que han decidido casos similares; (iv) no se toma como referente necesario para la solución del conflicto las normas codificadas y emanadas de un órgano legislativo; (v) frente al conflicto específico le corresponde al Juez

establecer como se decidió en el pasado casos análogos; **(vi)** es usual para el Juez disponer de pronunciamientos precedentes que le permite decidir el conflicto actual, de ser así significa que dispone del denominado "*declaratory precedent*". A contrario es probable que el Juzgador se encuentre frente a un conflicto único en el sentido de no anteceder la ocurrencia de una controversia similar, carece entonces de precedente, correspondiéndole apoyarse en los denominados *principios generales del derecho*, considerando en todo caso que debe tener igualmente en cuenta la *costumbre*, pilar fundamental del precitado sistema del *Common Law*, este es un derecho consuetudinario. Si así actúa el Juzgador entonces está creando el precedente, evento en el cual se estará frente al denominado "*original precedent*". De esta forma el Juez está creando el precedente para a futuro dirimir conflictos de cuyo espectro fáctico sea similar.

Así las cosas se le adjudica al sistema del *Common Law*, bajo las características advertidas ser el origen y principal cimiento del denominado "*precedente judicial*".

3. EL PRECEDENTE JUDICIAL, DEFINICIÓN Y ORIGEN.

Atendiendo las características citadas podemos definir el denominado *precedente judicial* de la siguiente manera:

Se establece como aquél antecedente en Derecho a observarse por el Juzgador, creado no a partir de una norma surgida del Legislador, sino a partir de previos y reiterados pronunciamientos judiciales, que al constar en la doctrina precedente, se constituyen en base necesaria para adoptar la solución del conflicto actual, cuyos fundamentos fácticos son similares al caso ya resuelto previamente.

El precedente judicial encuentra su origen y fundamentos en el sistema Anglosajón del *Common Law*. Este sistema se edifica a partir del imperativo a que están sometidos los Jueces, de aplicar a la resolución del conflicto sujeto a su conocimiento, el precedente creado en fallos de fondo que han resuelto casos similares, por Tribunales Superiores. Esta forma de privilegiar más que la Ley escrita, los antecedentes o precedentes originados de la resolución de conflictos similares, hace que los fallos se direccionen a la aplicación de una justicia equitativa, se privilegia los hechos del caso concreto sobre los supuestos fácticos consignados en la Ley.

No obstante lo anterior en el denominado *Derecho Romano-Germánico* de igual manera se da aplicación al *precedente judicial*, para ello debemos advertir que la solución al conflicto parte de la ley preponderantemente escrita, es decir, legando al legislador establecer a partir de las leyes los mecanismos, formas y reglas para la solución del conflicto, así el Juez se establece como un mero operador judicial, un ejecutor de la voluntad legal, siendo en un principio casi inoperante la aplicación del *precedente judicial*.

No obstante lo anterior, en el sistema *Romano-Germánico* o en el que se llamó *Romano-Canónico*, se avisa una forma de surgir el *precedente judicial*, la denominada *Jurisprudencia*.

La palabra *Jurisprudencia* viene de dos acepciones latinas: *Juris* (*Derecho*) y *Prudentia*, que simboliza sabiduría. En la modernidad se asimila la *Jurisprudencia* a la doctrina emanada de las Cortes o Tribunales Supremos, cuando estudian de manera reiterativa una determinada norma jurídica, constituyéndose entonces en guía unificadora frente a los demás jueces.

Así las cosas podemos afirmar que si bien el concepto de *precedente judicial* se identifica en cuanto a su origen en el Common Law, aún antes lo consideramos ubicar en el *procedimiento formulario* de la primera fase del proceso en Roma, la recordada *Ordo Iudiciarum Privatorum*, nada excluye señalar que un sistema Romano-Germánico no es ajena esta figura, aquí asociada a las reglas que demarcan la *Jurisprudencia*.

Así las cosas se impone desde ya señalar la diferencia existente entre el *precedente judicial* que surge del Common Law y la *Jurisprudencia* que emana del proceso Romano-Germánico, veamos: En el precedente judicial del sistema anglosajón el derecho surge a partir de construir a partir de pronunciamientos previos de Tribunales que dirimieron conflictos similares; a contrario, la *Jurisprudencia* deviene de interpretar las normas previamente compendiadas y compiladas en ordenamientos positivos por regla general escritos.

4 EL PRECEDENTE JUDICIAL, SU UBICACIÓN EN NUESTRO MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL.

Entre nosotros el concepto de Control de Constitucionalidad fue adoptado en 1910, más es con la Constitución Política de 1991 que Colombia comienza a tener plena conciencia de este concepto, para el ejercicio del control de constitucionalidad la norma superior creó un cuerpo colegiado a quien se le asignó la tarea de *salvaguardar la Constitución* y en

relación con las actuaciones de los órganos públicos y la actividad de los particulares. Es así que respecto del tema que nos ocupa, *el precedente judicial*, nuestra Carta Magna dispone de los artículos 230, 241 y 243.

Una lectura de los precitados artículos nos permite confrontar su contenido frente al *presente judicial* y su alcance, veamos:

El artículo 230 Constitucional si bien advierte que los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley, también señala que la equidad, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales se constituyen en criterios auxiliares de la actividad judicial.

Así, consideramos que cuando la Constitución Política establece la jurisprudencia como criterio auxiliar, se está señalando desde la norma superior que el juez al decidir el conflicto mediante fallo vinculante, no puede ni debe desconocer el sentido y alcance de fallos anteriores proferidos por los Tribunales Supremos, o entre nosotros Altas Cortes. Justamente por vía jurisprudencial se ha advertido reiteradamente que a *casos similares, tratamiento similar por los jueces*. No de otra manera se garantiza la igualdad de las personas frente a la Ley y al proceso; no de otra manera se daría cumplimiento al principio de la seguridad jurídica.

Igualmente cuando el Juzgador debe decidir un conflicto novedoso, respecto del cual por tanto no existe un pronunciamiento precedente que haya definido un caso similar, debe generar un *precedente original*, para ello debe acudir a los denominados principios generales del derecho.

La Ley 153 de 1887 a propósito de las reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes, en el artículo 8º y artículo 10º hacen mención al *precedente judicial*.

El artículo 8º señala: ***Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.***

El sistema Romano-Germánico se construye a partir de la norma legal, allí se establece, en lo sustancial, los derechos y obligaciones de los asociados, no siendo posible, en lo procesal, generar el proceso judicial sino a partir de poder demostrar la violación, el incumplimiento o desconocimiento de los supuestos de hecho consagrados en la norma positiva. A contrario, como previamente se acotó, en el sistema del

Common Law el juez para decidir el conflicto específico tendrá en cuenta el pronunciamiento de Tribunales Superiores al decidir casos similares.

Al señalar la norma constitucional que de no existir ley exactamente aplicable al caso controvertido, entonces se aplicarán leyes que regulen casos o materias semejantes, no está acudiendo en estricto sentido a la teoría del *precedente judicial*, consideramos que allí sigue enmarcada la Carta a los criterios integradores del sistema Romano-Germánico antes señalados. Más cuando indica que de no existir ley exactamente aplicable al caso controvertido, en su defecto se podrá acudir a la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho, de plano está admitiendo la existencia y aplicación en nuestro sistema del denominado *precedente*. Al advertir la norma legal –*artículo 8º ley 153 de 1887*- que en su defecto se acudirá a la *doctrina Constitucional*, consideramos que estamos frente al *precedente constitucional*; a contrario, cuando la norma advierte sobre la aplicación de las reglas generales de derecho, se está descendiendo al *precedente judicial*, justamente en el entendido de encontrarse el Juez frente a la necesidad de decidir o definir un conflicto inter subjetivo para el cual no se encuentra ley exactamente aplicable.

A su turno el artículo 10º de la Ley 153 de 1887, subrogado por el artículo 4º de la ley 169 de 1989, nos enseña: ***Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.***

Un verdadero ejemplo y aceptación de *precedente judicial* se contiene en esta norma. Las decisiones de la Corte Suprema, actuando como Tribunal de Casación –*Juez de cierre*- sobre un mismo punto de derecho, no solamente constituyen doctrina probable, además los jueces podrán aplicarla en casos análogos.

No otra cosa está enseñando la norma cuando señala que la doctrina probable la podrá aplicar el juzgador para decidir conflictos análogos, es decir a *casos similares tratamiento similar por los jueces*. Acepta la norma presupuestos propios del precedente judicial, veamos: **(i)** para la observancia del *precedente* se requiere que en varias ocasiones este haya sido aceptado en la resolución de casos similares, aquí se requiere de tres pronunciamientos uniformes sobre un mismo punto de derecho; **(ii)** se requiere que el Tribunal Supremo se haya pronunciado con anterioridad de forma reiterada, aceptando en consecuencia la existencia

de *precedentes*, en los cuales se podrá fundamentar posteriormente los jueces al decidir controversias análogas; **(iii)** se advierte la posibilidad de establecer un nuevo precedente o lo que es lo mismo un *precedente original*, ello ocurrirá cuando la Corte varíe la doctrina, al juzgar erróneas las decisiones anteriores, en ese evento, al pronunciarse de fondo como juzgador de cierre, esta construyendo un nuevo precedente, un *precedente original*, el cual se consolida como tal cuando de forma reiterada se le de aplicación para la resolución de casos análogos o similares.

El Código de Procedimiento Civil en los artículos 4º y 5º hacen mención al precedente judicial, la primera de las normas hace mención a la primacía del derecho sustancial, luego hace referencia al hecho de ocurrir dudas en la interpretación de las normas del código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, todo ello bajo la égida del Debido Proceso Constitucional. Los precitados principios no son otra cosa que la reiteración del precedente en ellos fundados a partir de casos análogos definidos a partir de su aplicación.

A su turno el artículo 5º señala que cualquier vacío en las disposiciones contenidas en el código, se llenará con las normas que regulen casos análogos, a falta de dichas normas con los principios constitucionales y los generales del derecho procesal.

Queda advertido el *precedente judicial* al señalarse que el vacío normativo, será suplido con las normas que regule situaciones análogas; es decir a *casos similares tratamiento similar por los jueces*, ya lo hemos advertido. El Juzgador al aplicar al caso en controversia la norma que regula una situación similar, está no solo privilegiando la norma que aplica por remisión, además está solucionando el conflicto actual guiándose por el *precedente* en la solución de controversias análogas.

5. LA SENTENCIA DE MÉRITO COMO PRESUPUESTO NECESARIO PARA LA OBSERVANCIA DEL PRECEDENTE JUDICIAL.

Hemos mencionado que el denominado *precedente judicial* encuentra aceptación tanto en el sistema Anglosajón –*Common Law*- como en el sistema Romano-Germánico, el primero mediante la decisión del conflicto actual a partir de tener en cuenta la forma como se decidieron casos similares, mediante reiterados pronunciamientos judiciales; en el segundo sistema a partir de la aplicación de la ley preexistente, por acciones predeterminadas en la norma sustancial, pero a partir de la jurisprudencia con su criterio auxiliador.

En ambos sistemas se llega indefectiblemente a un pronunciamiento judicial de fondo, mediante una providencia que genéricamente se denomina *sentencia*, razón por la cual se impone revisar someramente su contenido como base fundamental del *precedente judicial*.

La sentencia judicial se compone dos partes básicas: la parte motiva y la resolutive. Otra clasificación advierte que esta se compone de tres partes que se complementan: **(i)** parte introductiva o introductoria; **(ii)** parte motiva; **(iii)** parte resolutive.

Quienes establecen la sentencia a partir de estos tres componentes lo explican así: La parte introductoria contiene la designación de las partes y terceros intervinientes, una relación de las pretensiones y excepciones propuestas, las pruebas aportadas, propuestas y practicadas, el cumplimiento de los denominados presupuestos procesales; la parte motiva hace referencia a la confrontación que hace el juzgador de los hechos relevantes frente al acervo probatorio, allí comienza esa etapa de asunción de la prueba que le permite obtener el grado de convicción que luego se reflejará en el fallo a proferir. La parte resolutive en específico señala la voluntad de la Constitución y la Ley en el caso concreto, lo define, lo decide.

Esta parte importantísima de la Sentencia es la que vincula la voluntad de la ley frente a las partes y terceros intervinientes, allí se establece la obtención del derecho, su precisión y alcance, frente a quien y por quien el derecho se hace exigible, o a contrario, que el pretendido derecho no existe o ya se extinguió. En el fallo, en la resolutive, se podrá establecer el perjuicio a una de las partes o ambas, o respecto del tercero interviniente, caso en cual nace la posibilidad de impugnación ya sea a partir de la apelación, cuando el fallo es de primera instancia, o eventualmente y de manera restrictiva, el recurso de Casación tratándose del fallo de segunda instancia proferido por un Tribunal Superior de Distrito.

Surge frente a la Sentencia como un todo, pero a su vez de uno de sus componentes frente a otro, la observancia del principio de la congruencia. El fallo proferido debe ser concomitante con las pretensiones y excepciones planteadas, referimos entonces a la denominada *Congruencia Externa*.

El fallo de fondo a su vez debe ser coherente o congruente a su interior, es decir, un entronque entre la parte motiva y la resolutive, o si se quiere entre la partes introductiva y motiva, frente a la resolutive.

La Sentencia de mérito bajo el deber cierto de observar el *Principio de la Congruencia* debe entonces evitar caer en el fallo *extra, ultra, citra y minus petita*.

Sin duda parte crucial de la sentencia es la denominada *parte motiva*, la doctrina siendo consecuente con la advertida importancia le atribuye tres elementos básicos a saber: *la ratio decidendi, la mero dictum y la obiter dicta*.

La *ratio decidendi* corresponde a la razón misma de la decisión, aquí el juzgador expone la razón general de la decisión que se plasmará luego en el fallo, atendiendo la congruencia.

La *obiter dicta* corresponde a aquellas apreciaciones expuestas por el Juzgador que permiten fundamentar el fallo, pero no son esenciales para edificar la resolutive del mismo, carecen de poder vinculante.

La doctrina se empeña en diferenciar el concepto del *mero dictum* señalando que corresponde a aquellas apreciaciones del juzgador no necesarias para la adopción del fallo, así lo advierte la Sentencia SU 047 de 1999 proferida por la Corte Constitucional Colombiana.

La composición advertida de la sentencia permite no solo conocer el alcance de la resolución a que arribó el juzgador, además conocer los argumentos jurídicos y fácticos soporte del fallo; esa argumentación que permitió definir un conflicto, permite luego tomarla, y confrontarla frente a la situación fáctica de otra controversia similar, así aplicando el *precedente judicial*.

6. LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL PRECEDENTE JUDICIAL.

Nuestra H. Corte Constitucional a partir de su creación se ha pronunciado respecto del denominado *precedente judicial* en un número importante de Sentencias integradoras, de tutela y de constitucionalidad. Nos permitimos aquí hacer cita parcial de varios de esos pronunciamientos, insistimos, en lo tocante al tema que aquí nos ocupa.

La sentencia **SU 047B DE 1999** siendo Magistrados Ponentes los Doctores Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, respecto de los precedentes y cambio jurisprudencial, señaló:

“(...) 43- El respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo

tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas¹, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Por todo lo anterior, es natural que en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas.

44- El respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas-.

¹ Ver, por ejemplo, entre otras, las sentencias T-13 de 1995 y C-400 de 1998.

Conforme a lo anterior, en general la doctrina y la práctica de los tribunales admiten que, dentro de ciertos límites, un juez puede distanciarse de sus propios precedentes. Esto es muy claro en los sistemas de derecho legislado, en donde la fuente esencial del derecho es la ley, y no la jurisprudencia, por lo cual un funcionario judicial, en ejercicio de su autonomía interpretativa, puede modificar, aunque obviamente no de manera caprichosa, su entendimiento de las disposiciones legales y apartarse de sus decisiones previas. Pero incluso en los sistemas del Common Law, en donde el derecho derivado de los precedentes judiciales o “case Law” es fuente básica del ordenamiento jurídico, el principio del “stare decisis” o estarse a lo resuelto en casos anteriores, no es absoluto, puesto que las más altas corporaciones admiten que pueden apartarse de un precedente, con el fin de precisar, corregir o modificar una línea jurisprudencial². Así, Inglaterra durante siglos adhirió de manera muy rígida a la fuerza vinculante de los precedentes; sin embargo, las propias necesidades del derecho en una sociedad compleja llevaron a la Cámara de los Lores a abolir, en julio de 1966, la regla según la cual ella quedaba atada de manera absoluta a sus decisiones anteriores³. Según la más alta corporación judicial inglesa, el respeto al precedente es “indispensable” para decidir casos concretos ya que “provee al menos un cierto grado de certeza sobre la cual los individuos pueden confiar para llevar a cabo sus negocios y es la base para un desarrollo ordenado de las reglas jurídicas”. Sin embargo, precisan los Lores, una “adhesión demasiado rígida al precedente puede conducir a injusticias en casos concretos y también restringir indebidamente el adecuado desarrollo del derecho”. Por ello concluyen que a partir de ese momento la Cámara de los Lores va a considerar que si bien los precedentes son “normalmente vinculantes”, será posible para esa corporación “apartarse de una decisión previa cuando sea justo hacerlo”. El tribunal precisó empero que esa nueva regla sólo era aplicable a la Cámara de los Lores, pero no a los otros jueces, que siguen entonces vinculados a los precedentes de la más alta corporación judicial inglesa, al menos hasta que ésta no los varíe, o sean modificados por una ley del Parlamento.

45- Una primera conclusión se impone: si bien las altas corporaciones judiciales, y en especial la Corte Constitucional, deben en principio ser consistentes con sus decisiones pasadas, lo cierto es que, bajo especiales circunstancias, es posible que se aparten de ellas. Como es natural, por razones elementales de igualdad y seguridad jurídica, el sistema de fuentes y la distinta jerarquía de los tribunales implican que estos ajustes

² Para esta práctica en derecho inglés, ver Denis Keenan. English Law. (9 Ed) Londres: Pitman, 1989, pp 130 y ss.

³ Ver al respecto la declaración de Lord Gardiner, Presidente de ese tribunal, citada en Keenan. Op-cit, p 135

y variaciones de una doctrina vinculante sólo pueden ser llevados a cabo por la propia corporación judicial que la formuló. Por tal razón, y debido al especial papel de la Corte Constitucional, como intérprete auténtico de la Carta y guardiana de su integridad y supremacía, corresponde a esa Corporación, y sólo a ella, modificar las doctrinas constitucionales vinculantes que haya desarrollado en sus distintos fallos.

46- De otro lado, y debido a las funciones esenciales que juega en un Estado de derecho el respeto al precedente, la variación de una jurisprudencia o una doctrina constitucional no es un asunto de poca monta sino que debe ser cuidadosamente evaluado por los jueces. Por ello, en anterior oportunidad, esta Corporación había explicado qué requisitos debía cumplir un cambio de jurisprudencia para que fuera legítimo. Dijo entonces la Corte:

*“En ese orden de ideas, un tribunal puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento tiene la carga de argumentación, esto es, tiene que aportar las razones que justifican el apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado. Además, **para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior**, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario **es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente** en un Estado de derecho (subrayas no originales).^{4”}*

Por consiguiente, con base en esas pautas, es rigurosamente válido que la Corte Constitucional rectifique y precise los criterios adelantados sobre la inviolabilidad parlamentaria en las sentencias C-222 de 1996 y C-245 de 1996. En efecto, como se mostró, la doctrina sentada en esas decisiones no sólo es hermenéuticamente apresurada sino que conduce a un desconocimiento grave de la inviolabilidad parlamentaria, en detrimento de la independencia del Congreso, el libre debate democrático y el derecho fundamental al debido proceso de los representantes investigados por la Corte Suprema. Los argumentos que justifican el explícito abandono de esos criterios jurisprudenciales son entonces muy

⁴ Sentencia C-400 de 1998. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento jurídico No 57.

poderosos, puesto que están en juego principios y valores esenciales del ordenamiento constitucional. En cambio, los costos que puede generar esta rectificación jurisprudencial, en términos de seguridad jurídica o de igualdad, son prácticamente inexistentes. Así, a partir de esta sentencia, ningún congresista podrá ser investigado por los votos y opiniones emitidos en el juicio al Presidente Samper, por lo cual esta providencia no produce desigualdades en la aplicación de la ley penal. Y, de otro lado, la presente rectificación jurisprudencial, al definir cuál es la interpretación auténtica sobre el alcance de la inviolabilidad parlamentaria cuando los congresistas ejercen funciones judiciales, lejos de generar inseguridad jurídica, lo que hace es dirimir los problemas interpretativos que habían provocado las afirmaciones hechas, obiter dicta, por esta Corporación.

47- Con todo, podría objetarse que incluso si existen razones poderosas en favor de una rectificación jurisprudencial, ésta no es viable por medio de una sentencia de tutela, por cuanto las anteriormente referidas eran de constitucionalidad y habían hecho tránsito a cosa juzgada constitucional. Ahora bien, en la medida en que tales decisiones tienen efecto erga omnes, entonces obligarían incluso a la Corte Constitucional, que no podría desconocerlas cuando actúa como juez de tutela.

Esa objeción presupone que han hecho tránsito a cosa juzgada constitucional y constituyen doctrina constitucional obligatoria todos los apartes de las decisiones C-222 de 1996 y C-245 de 1996, que fueron reproducidos en el fundamento jurídico No 16 de la presente sentencia, y que abonan la interpretación según la cual los congresistas están desprovistos de inviolabilidad cuando ejercen funciones judiciales. Sin embargo, esa suposición es muy discutible, pues es claro que no todo el contenido de una sentencia de control constitucional es vinculante. Es pues necesario que la Corte entre a precisar qué es lo verdaderamente obligatorio en una decisión previa de control constitucional de esta Corporación.

Ratio decidendi, alcance del respeto al precedente y cosa juzgada constitucional implícita.

48- Para comprender el alcance de la obligatoriedad de un precedente, resulta indispensable distinguir entre los diversos aspectos de una decisión judicial. Así, siguiendo en parte la terminología de los sistemas del Common Law, que es en donde más fuerza tiene la regla del "stare decisis"⁵, y en donde por ende más se ha desarrollado la reflexión doctrinal

⁵ Ver al respecto Denis Keenan, *Op-cit.* p 134. Igualmente ver Francisco Rubio Llorente, "La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho" en **La forma del poder**. Madrid: Centro de

en este campo, es posible diferenciar muy esquemáticamente entre la parte resolutive, llamada a veces “decisum”, la “ratio decidendi” (razón de la decisión) y los “obiter dicta” (dichos al pasar).

Estos conceptos son formulados de distinta manera y con lenguajes diversos por los autores⁶, lo cual ha generado a veces agudas discusiones conceptuales. Sin embargo, su sentido esencial es relativamente claro: Así, el decisum es la resolución concreta del caso, esto es, la determinación específica de si el acusado es o no culpable en materia penal, si el demandado debe o no responder en materia civil, si al peticionario el juez le tutela o no su derecho, si la disposición acusada es o no retirada del ordenamiento, etc. Por su parte, la ratio decidendi es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive. En cambio constituye un mero dictum, toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario.

Ahora bien, estos diversos componentes de una sentencia tienen distinta obligatoriedad en el Common Law. Así, el decisum, una vez que la providencia está en firme, hace tránsito a cosa juzgada y obliga a los partícipes en el proceso. Sin embargo, y contrariamente a lo que a veces se piensa, esta parte resolutive no constituye en sí misma el precedente, ni vincula a los otros jueces, por la sencilla razón de que a éstos no corresponde decidir ese problema específico sino otros casos, que pueden ser similares, pero jamás idénticos. Por ello, en el sistema del Common Law es claro que el precedente vinculante es la ratio decidendi del caso, ya que ese principio abstracto, que fue la base necesaria de la decisión, es el que debe ser aplicado por los jueces en otras situaciones similares. Así lo señaló con claridad en Inglaterra Lord Jessel, en el caso *Osborne v Ryle* de 1880, en donde precisó que “la única cosa que es vinculante en una decisión judicial es el principio que sirvió de base a la decisión”⁷. Finalmente, los obiter dicta tienen una fuerza persuasiva, que puede ser mayor o menor según el prestigio y jerarquía del tribunal, pero no son vinculantes; un dictum constituye entonces, en principio, un criterio auxiliar pero no obligatorio para los otros jueces.

Estudios Constitucionales, 1993, pp 500 y ss.

6 *La terminología no es siempre idéntica. Así, algunos autores, en especial estadounidenses, prefieren hablar del “holding”, en vez de ratio decidendi, y de “disposition”, que es la parte resolutive, pero la idea es básicamente la misma.*

7 *Citado por Denis Kenan. Op-cit, p 133*

49- Estos diversos efectos no son caprichosos sino que derivan naturalmente de ciertas características del derecho. Así, en la medida en que el sistema judicial pretende resolver definitivamente los conflictos que se le plantean, es natural que el decisum obligue a las partes en el litigio, con fuerza de cosa juzgada, pues de no ser así, el derecho no cumpliría su función básica de pacificación social. Sin embargo, por obvias razones de debido proceso, en principio, esa decisión sólo vincula a quienes participaron en la controversia judicial, salvo algunas excepciones, como los casos de acciones colectivas o cuando el ordenamiento confiere efectos erga omnes a determinadas sentencias, tal y como sucede con los procesos de control constitucional en nuestro país.

Un poco más compleja, pero particularmente importante, es la explicación de por qué únicamente la ratio decidendi constituye doctrina vinculante para los otros jueces, mientras que los dicta, incluso de los tribunales máximos, tienen una simple fuerza persuasiva.

50- Para entender el fundamento de esa diferencia es necesario tener en cuenta que, como ya se indicó, el respeto al precedente se encuentra íntimamente ligado a una exigencia que pesa sobre toda actuación judicial, para que pueda ser calificada de verdaderamente jurídica y racional, y es la siguiente: los jueces deben fundamentar sus decisiones, no en criterios ad-hoc, caprichosos y coyunturales, sino con base en un principio general o una regla universal que han aceptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro. Y es que no puede ser de otra forma, pues de los jueces se espera que resuelvan adecuadamente los conflictos, pero no de cualquier manera, sino con fundamento en las prescripciones del ordenamiento. El juez debe entonces hacer justicia en el caso concreto pero de conformidad con el derecho vigente, por lo cual tiene el deber mínimo de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta.

Esta exigencia de universalidad de la argumentación jurídica es tan importante, que muchos teóricos contemporáneos hacen de ella el requisito mínimo de racionalidad que debe tener una decisión judicial en una sociedad democrática. Así, y por no citar sino a algunos de los doctrinantes más conspicuos sobre este tema, tal es la base de la conocida tesis de Wechsler, según la cual los jueces deben decidir sus casos con base en “principios neutrales y generales”⁸; igualmente allí radica la importancia conferida por Perelman y MacCormick al respeto

⁸ Ver el artículo de Wechsler. “Towards neutral principles of Constitutional Law” en *Harvard Law Review*, 73, 1959.

que deben tener los jueces por el principio de justicia formal, que obliga a decidir de manera igual los casos iguales⁹. O también, ésta es la base de la tesis de Alexy según la cual toda decisión judicial debe estar fundada al menos en una norma universal¹⁰.

Por ende, la existencia de una *ratio decidendi* en una sentencia resulta de la necesidad de que los casos no sean decididos caprichosamente sino con fundamento en normas aceptadas y conocidas por todos, que es lo único que legitima en una democracia el enorme poder que tienen los jueces -funcionarios no electos- de decidir sobre la libertad, los derechos y los bienes de las otras personas.

51- Conforme a lo anterior, es también natural que únicamente la *ratio decidendi* tenga efectos vinculantes sobre otros jueces y adquiera la obligatoriedad de un precedente. En efecto, en general, los jueces no son electos democráticamente, ni tienen como función básica formular libremente reglas generales. A ellos les corresponde exclusivamente resolver los casos que les son planteados por las partes; es lo que algunos autores denominan la “virtud pasiva” de la jurisdicción, para hacer referencia al hecho de que los jueces no tienen la facultad de poner en marcha autónomamente el aparato judicial ya que sólo actúan a petición de parte, y no por voluntad propia, y su intervención está destinada a resolver los casos planteados. Esto explica que desde prácticamente el inicio de sus actividades la Corte Suprema de los Estados Unidos se haya abstenido de formular consejos y recomendaciones, ya que su función es estrictamente resolver casos; igualmente, por la misma razón, esta Corte Constitucional ha precisado que cuando una norma ha sido acusada, pero no se encuentra vigente, ni produce efectos, el pronunciamiento de esta Corporación debe ser, en general, inhibitorio, por carencia actual de objeto¹¹.

Esta cualidad pasiva de la jurisdicción es esencial para preservar el principio democrático y la separación de poderes. Así, inevitablemente los jueces, al decidir casos, crean en ocasiones derecho, puesto que precisan el alcance de las reglas jurídicas existentes, o llenan vacíos y resuelven contradicciones del ordenamiento. Sin embargo, para que esa producción incidental e intersticial de derecho por parte de los jueces no sea riesgosa para la democracia, es necesario que ella ocurra exclusivamente en el ámbito de la resolución de casos, pues si se permite que ésta se desarrolle

9 Ver. Neil MacCormick. **Legal reasoning and Legal Theory**. Oxford: Clarendon, 1995, capítulo IV

10 Ver Robert Alexy. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp 214 y ss.

11 Ver, entre muchas otras, la sentencia C-397 de 1995

desvinculada de litigios judiciales concretos, entonces claramente la rama judicial invadiría las órbitas de actuación de los otros órganos del Estado, y en particular del Legislador, en detrimento del principio democrático. Por ello, únicamente el principio general que sirvió de sustento directo para resolver el caso, esto es la *ratio decidendi*, puede aspirar a convertirse en precedente vinculante, mientras que las otras opiniones incidentales, al no estar inescindiblemente ligadas al asunto planteado al juez, a lo sumo tienen un valor pedagógico y persuasivo.

52- El anterior análisis justifica no sólo por qué únicamente la *ratio decidendi* es vinculante como precedente sino que además lleva a una conclusión ineludible: el juez que decide el caso no puede caprichosamente atribuir el papel de *ratio decidendi* a cualquier principio o regla sino que únicamente tienen tal carácter aquellas consideraciones normativas que sean realmente la razón necesaria para decidir el asunto. Esto es obvio, pues si se permite que el propio juez, al resolver un caso de una manera, invoque como *ratio decidendi* cualquier principio, entonces desaparecen la virtud pasiva de la jurisdicción y la propia distinción entre opiniones incidentales y razones para decidir.

Por ello, en realidad, son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la *ratio decidendi* de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente “puede no ser la *ratio decidendi* que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores”¹².

Este fenómeno explica entonces ciertas técnicas inevitables que modulan la fuerza vinculante de los precedentes: así, en algunos eventos, el juez posterior “distingue” (*distinguishing*) a fin de mostrar que el nuevo caso es diferente del anterior, por lo cual el precedente mantiene su fuerza vinculante, aunque no es aplicable a ciertas situaciones, similares pero relevantemente distintas, frente a las cuales entra a operar la nueva jurisprudencia. En otros casos, el tribunal posterior concluye que si bien en apariencia, la *ratio decidendi* del caso anterior parece aplicarse a la nueva situación, en realidad ésta fue formulada de manera muy amplia en el precedente, por lo cual es necesario concluir que algunos de sus apartes constituyen una opinión incidental, que no se encontraba directamente relacionada a la decisión del asunto. El tribunal precisa entonces la fuerza vinculante del precedente, ya que restringe (*narrowing*) su alcance. En otras situaciones, la actuación del juez ulterior es contraria y amplía el alcance de una *ratio decidendi* que había sido entendida de manera más restringida. En otras ocasiones, el tribunal concluye que una

¹² Denis Keenan. *Op-cit*, p 134.

misma situación se encuentra gobernada por precedentes encontrados, por lo cual resulta necesario determinar cuál es la doctrina vinculante en la materia. O, a veces, puede llegar a concluir que un caso resuelto anteriormente no puede tener la autoridad de un precedente por cuanto carece verdaderamente de una *ratio decidendi* clara.

53- La Corte Constitucional considera que el anterior análisis, si bien es tomado en alguna medida del derecho privado y de los sistemas del Common Law, es no sólo pertinente y esclarecedor para la discusión sobre el alcance de la cosa juzgada constitucional sino que, además, armoniza con los criterios que esta Corporación ya ha adelantado en varias oportunidades.

Así, en primer término, al analizar el alcance de la cosa juzgada constitucional, esta Corte ha distinguido, con otras palabras, entre *decisum*, *ratio decidendi* y *obiter dicta*. Dijo entonces esta Corporación:

“¿Que parte de las sentencias de constitucionalidad tiene la fuerza de la cosa juzgada?

“La respuesta es doble: poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita.

“Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución.

“Segundo, goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.

“En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar -no obligatorio-, esto es, ella se considera *obiter dicta*.

“Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia.^{13”}

13 Sentencia C-131 de 1993. MP Alejandro Martínez Caballero.

La anterior referencia muestra que esta Corte ha señalado que una sentencia tiene las mismas partes mencionadas anteriormente, y que cada una de ellas tiene un efecto obligatorio específico, tal y como señaló en los fundamentos anteriores de la presente providencia. Así, explícitamente la Corte señala que las motivaciones incidentales son un mero dictum, que no es obligatorio sino persuasivo; la parte resolutive o decisum hace tránsito a cosa juzgada, con la particularidad de que en los juicios de constitucionalidad de las leyes tiene efecto erga omnes; y, finalmente, la cosa juzgada implícita equivale a la ratio decidendi, razón por la cual esta Corporación le ha reconocido efectos vinculantes. Estas distinciones y criterios han sido reiterados por la Corte en decisiones posteriores, en especial en la sentencia C-037 de 1996, en donde esta Corporación precisó:

“Sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece la norma, esta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella.

En segundo término, en varios casos, esta Corte ha aplicado las anteriores distinciones, con el fin de mostrar que una aparente variación de una doctrina constitucional sentada en una decisión anterior, en realidad no tenía tal carácter, sino que constituía la mera corrección de una opinión incidental de la parte motiva. Así, al reexaminar el alcance del delito de enriquecimiento ilícito en la sentencia C-319 de 1996, esta Corporación explícitamente se apartó de los criterios que había adelantado sobre ese delito en una decisión anterior (sentencia C-127 de 1993), en donde había sostenido que para que una persona pudiera ser condenada por ese hecho punible, las actividades delictivas de donde derivaba el incremento patrimonial debían estar judicialmente declaradas. Sin embargo, la Corte invocó las anteriores decisiones y concluyó que no había cambio de jurisprudencia, por cuanto esas consideraciones no eran vinculantes, al no estar indisolublemente ligadas a la decisión de exequibilidad.

Finalmente, es claro que, en numerosas jurisprudencias, esta Corte ha reconocido la importancia de las “virtudes pasivas” de la jurisdicción constitucional. En efecto, no de otra manera se explica la mencionada tesis,

según la cual no corresponde a esta Corporación pronunciarse sobre normas derogadas, que no produzcan efectos; igualmente, tal es la base del recurso a formas de cosa juzgada relativa y de la naturaleza excepcional que esta Corporación ha conferido a la unidad normativa, ya que ambas figuras encuentran sustento en la idea de que “no corresponde a esta Corporación efectuar una revisión oficiosa de las leyes ordinarias, sino un control de aquellas normas que han sido expresamente demandadas por un ciudadano”¹⁴.

Los anteriores criterios son enteramente aplicables para que esta Corte examine si verdaderamente los apartes mencionados de las sentencias C-222 de 1996 y C-245 de 1996 constituyen una doctrina vinculante que no podía ser rectificadas por medio de una sentencia de tutela de la Sala Plena de la Corporación”.

Aún bajo la apreciación que la cita jurisprudencial puede ser extensa, hemos considerado necesario la transcripción de este aparte de los considerandos de la providencia el documento escrito de la ponencia dado lo pedagógico y amplio de la explicación que sobre el *precedente* da la Corte Constitucional.

La Sentencia **T-783/10** con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, respecto del denominando *precedente judicial horizontal y vertical* y su carácter vinculante, ha señalado:

“(…) En este contexto, la jurisprudencia sostiene que el respeto por las decisiones proferidas por los jueces de superior jerarquía y, en especial, de los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones (ordinaria, contencioso administrativa y constitucional) no constituye una facultad discrecional del funcionario judicial, sino que es un deber de obligatorio cumplimiento. A esta conclusión se ha llegado en consideración con, al menos, cinco razones que fueron recogidas en la sentencia T-766 de 2008 al consagrar:

“**i)** el principio de igualdad que es vinculante a todas las autoridades e, incluso, a algunos particulares, exige que supuestos fácticos iguales se resuelvan de la misma manera y, por consiguiente, con la misma consecuencia jurídica; **ii)** el principio de cosa juzgada otorga a los destinatarios de las decisiones jurídicas seguridad jurídica y previsibilidad de la interpretación, pues si bien es cierto el derecho no es una ciencia exacta, sí debe existir certeza razonable sobre la decisión; **iii)** La autonomía judicial no puede desconocer la naturaleza reglada de la decisión judicial, pues sólo la interpretación armónica de esos dos conceptos garantiza la eficacia

¹⁴ Ver, al respecto, sentencias C-527 de 1994, C-037 de 1996 y C-320 de 1997.

del Estado de Derecho; **iv**) Los principios de buena fe y confianza legítima imponen a la administración un grado de seguridad y consistencia en las decisiones, pues existen expectativas legítimas con protección jurídica; y **iv**) por razones de racionalidad del sistema jurídico, porque es necesario un mínimo de coherencia a su interior. De hecho, como lo advirtió la Corte, ‘el respeto al precedente es al derecho lo que el principio de universalización y el imperativo categórico son a la ética, puesto que es buen juez aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos’

El mismo fallo de tutela posteriormente advierte:

Ahora bien, como lo ha advertido esta Corporación en reiteradas oportunidades el precedente judicial vinculante está constituido por aquellas consideraciones jurídicas que están cierta y directamente dirigidas a resolver el asunto fáctico sometido a consideración del juez. Así, el precedente se relaciona directamente con la *ratio decidendi* o razón central de la decisión anterior, que en palabras de la Sala Plena en la sentencia SU-047 de 1999 fue definida como

“[L]a *ratio decidendi* es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive. En cambio constituye un mero *dictum*, toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario.”

De esta forma puede decirse que la *ratio decidendi* “i) corresponde a la regla que aplica el juez en el caso concreto, ii) se determina a través del problema jurídico que analiza la Corte en relación con los hechos del caso concreto y iii) al ser una regla debe ser seguida en todos los casos que se subsuman en la hipótesis prevista en ella”. Y, la correcta utilización del precedente judicial implica que:

“Un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo **(i)** si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, **(ii)** si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y **(iii)** si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación.”

Además sobre el mismo tema agrega luego el fallo de tutela:

“(...) De esta forma, a situaciones fácticas iguales corresponde la misma solución jurídica, a menos que el juez competente exprese razones serias y suficientes para apartarse del precedente.

Conforme a lo expuesto en precedencia, en caso de que el funcionario judicial se aparte de su propio precedente o del resuelto por su superior jerárquico, ya sea porque omite hacer referencia a ellos o porque no presenta motivos razonables y suficientes para justificar su nueva posición, la consecuencia no es otra que la violación de los derechos a la igualdad y al debido proceso, lo que da lugar a la protección mediante acción de tutela. Dicho de otro modo, cuando un juez no aplica la misma razón de derecho ni llega a la misma conclusión jurídica cuando analiza los mismos supuestos de hecho, incurre en una vía de hecho que puede ser superada por medio de la acción de tutela.

En este orden de ideas, la vinculación del precedente exige tener en cuenta la providencia anterior y al separarse de ella, no sólo motivar la decisión, sino ofrecer argumentos suficientes y contundentes para demostrar que lo dicho con anterioridad no es válido, es insuficiente o es incorrecto. Ello implica, entonces, justificar la nueva postura y descalificar las otras consideraciones que han sido base de decisiones anteriores. Sólo de esta manera se logra superar la vinculación del precedente y el deber de resolver en forma igual casos iguales”.

Concluye el Juez Constitucional en el precitado fallo de tutela T-783/10 su análisis sobre el *precedente judicial horizontal y vertical* de la siguiente manera:

La anterior argumentación se presentó sistemáticamente en una reciente decisión de esta Corte, la sentencia T-443 de 2010, en la cual se consignaron las siguientes conclusiones:

- En ejercicio de sus competencias jurisdiccionales los jueces están amparados por el principio de autonomía judicial, aunque sus decisiones deben estar acordes con los derechos al debido proceso, igualdad y seguridad jurídica que gozan los usuarios de la administración de justicia.

- La exigencia de transparencia, igualdad y seguridad al desarrollar la labor judicial, a la vez que la forma jerárquica en que se encuentra organizada la rama, sirven de presupuesto conceptual al precedente judicial, el cual, sin ser un valor absoluto, es un elemento fundamental en el ejercicio de la labor de administrar justicia.

- El precedente judicial, como se aprecia en la extensa jurisprudencia de la Corte Constitucional, obliga al juez a tener en cuenta aquellos casos que, resueltos en el pasado, planteen el mismo problema jurídico o, en otras palabras, busquen resolver la misma situación fáctica.

- El carácter vinculante del precedente admite también la posibilidad de separarse del sentido de las decisiones del pasado, para lo cual se debe no sólo motivar la decisión, sino ofrecer argumentos suficientes y contundentes para demostrar que lo dicho con anterioridad no es válido, es insuficiente o es incorrecto.

A manera de recopilación jurisprudencial citamos otros pronunciamientos de la Corte Constitucional inherentes al denominado *presente*, ya sea en la forma de *precedente judicial*, o bajo la forma de *presente jurisprudencial*. Así tenemos: Sentencia T-123 de Marzo 21 de 1995; C-351 de 1994; C-447 de 1997; C-083 de 1995; C-836 de 2001; SU- 047 de 1999; SU-120 de 2003.

7. CONCLUSIONES.

Al recibir el inmerecido encargo de preparar ponencia para el segundo congreso de Derecho Procesal Constitucional, por parte del Presidente de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, desde un comienzo consideramos necesario, aún someramente, abordar el tema del denominado *precedente judicial*.

Sin duda uno de los principios rectores o fundamentales del Derecho Procesal es el de la *Igualdad de las Personas frente a la Ley y al Proceso*, tal como lo advertimos en la introducción de la ponencia. A su turno la Ley 270 de 1996 “Estatutaria de la Administración de Justicia” a propósito de los principios que la gobiernan en el artículo 5º refiere a la *Autonomía e Independencia de la Rama Judicial*. Estos principios y otros tantos, al igual que la aplicación y observancia de las denominadas reglas técnicas de procedimiento, tienen en su conjunto un propósito, lograr a partir del pronunciamiento judicial heterocompositivo que dirime el conflicto intersubjetivo, la observancia de la denominada *seguridad jurídica*, pilar fundamental de la pretendida paz y justicia sociales.

En el cuerpo de la ponencia referimos a una máxima que por demás es recordada en diferentes pronunciamientos jurisprudenciales: *a casos similares, pronunciamiento similar por los jueces*. Así, se entiende que el principio de Igualdad de las Personas frente a la Ley y al Proceso no

solo se circunscribe al acceso de las personas al órgano jurisdiccional en búsqueda de solución heterocompositiva del conflicto, el principio va más allá, busca que el Juez al proferir su decisión no contraríe pronunciamientos precedentes de Jueces superiores, que han decidido casos similares o análogos. El justiciable requiere de la administración de justicia no solo que le decida su conflicto con fuerza vinculante, además que el contenido del fallo y sus alcances no sean sustancialmente distintos a lo decidido en otros casos con situación fáctica y regulación normativa similar.

A su turno el principio de la Autonomía e Independencia del Juez se entiende de manera general como aquella potestad del juzgador para dirigir el proceso y adoptar la decisión jurisdiccional que corresponda según los planteamientos de las partes y los hechos demostrados en el plenario, fallo que nace con fuerza obligatoria y vinculante, sin requerirse para ello de autorización por autoridad de otra de las ramas del poder público, o de funcionario superior al interior de la estructura de la rama judicial. Este principio además advierte que le está vedado al superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias.

La autonomía que se predica en este principio rector de la administración de justicia, encuentra en todo caso un freno en relación con las actuaciones del Juzgador, lo constituye el denominando *precedente judicial*. El Juez inferior, que decide en única o en primera instancia debe tener en cuenta el precedente fijado por el superior funcional. Le corresponde en consecuencia al inferior contradecirlo o aceptarlo, pero en ningún caso desatenderlo, cuando se está frente a la decisión de un conflicto, de aquellos que guardan cierto grado de similitud con otros, que previamente fueron decididos por jueces superiores, normalmente en instancia de cierre.

La autonomía de que dispone el juzgador de instancia le permite claro está apartarse del precedente, pero ello le impone en todo caso la obligación de soportar debidamente el porqué, para el caso en estudio, no aplica el precedente que se debería observar dado la aparente similitud en lo factico a que refiere los casos del precedente, frente al caso concreto que el juez está conociendo y debe sentenciar.

El precedente judicial en un sistema como el nuestro, en general de los países iberoamericanos y aquellos cuyo derecho surge a orillas del mediterráneo, se construye a partir de la ley escrita, su interpretación y

el pronunciamiento jurisprudencial, así consideramos que respecto de esta última debe ocurrir un cambio desde dos aspectos, en primer lugar propender por una verdadera unificación, tal como lo determina por ejemplo el artículo 365 del CPC a propósito de los fines de la Casación. De otro lado que la jurisprudencia no sea simplemente una forma auxiliadora para el juez al momento de proferir sus decisiones, a contrario que cuando el juzgador de instancia advierta que el juez superior previamente se pronunció reiteradamente sobre casos similares o análogos, no pueda apartarse al proferir su fallo del *precedente judicial* generado, y que si lo hace, atendiendo la autonomía de que goza, tal como lo ordena la Sentencia de Constitucionalidad **C-836 de 2001**, se vea obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que tiendan a justificar la decisión a adoptar.

No instamos por desconocer o inaplicar el mandato constitucional del artículo 230 C.P., propugnamos desde este espacio porque a futuro se establezca que la Jurisprudencia siendo un criterio auxiliar de la actividad judicial, cuando en verdad constituya un *precedente judicial* debe ser de obligatoria observancia por el Juzgador, de esta manera estarán garantizados principios fundamentales tales como la *igualdad de las personas frente a la Ley y al proceso, la autonomía de la administración de justicia*, no simplemente la autonomía del funcionario judicial, todo ello de contera redundando en una verdadera *seguridad jurídica*, así permitiendo que el justiciable aleje de su pensamiento un eventual ejercicio de *justicia por mano propia*.

III PROCESOS COLECTIVOS. LEGITIMACIÓN PROCESAL Y EFECTOS DE LA SENTENCIA.

Por: Marcela I. Basterra.

SUMARIO.

1. Introducción. 2. La tutela de los derechos colectivos en el sistema Argentino. 3. Legitimación procesal. 3.1. El afectado. 3.2. El Defensor del Pueblo. 3.3. Las asociaciones especiales. 4. ¿Son *erga omnes* los efectos de las sentencias en los procesos colectivos?. 5. Las acciones de clase. 6. El fallo “*Halabi*”¹. 6.1 Los hechos. 6.2. La sentencia. 7. Conclusiones.

¹ CSJN, “*Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873 Dto. 1563/04*”, sentencia del 24/02/2009.

1. INTRODUCCIÓN.

Los derechos de incidencia colectiva y los procesos colectivos, constituyen aún una materia novedosa, ya que si bien su incorporación en distintos textos constitucionales, data de aproximadamente tres décadas²; sin embargo existe una multiplicidad de factores que será necesario esclarecer a fin de lograr una tutela efectiva de los derechos colectivos a través de los procesos creados al efecto.

Ciertamente, en Argentina uno de los puntos trascendentales introducidos por la reforma constitucional de 1994 fue, sin duda, la incorporación de los denominados derechos de incidencia colectiva. En consecuencia, los procesos de igual carácter pasaron a tener significativa importancia, toda vez que constituyen la herramienta eficaz que permite alcanzar una adecuada protección en torno a éstos.

A partir de la mencionada reforma, existen tres clases de derechos con base en la Ley Suprema; 1) los derechos individuales, 2) los derechos corporativos o económicos, sociales y culturales y; por último, los derechos de incidencia colectiva.

Los derechos colectivos, nacen con el objeto de proteger a los denominados "intereses colectivos". Es decir, aquéllos que merecen protección distintiva o especial por parte del Estado, ya que tutelan derechos que conciernen a grupos de personas, e incluso a la sociedad en su conjunto.

El bien afectado es colectivo y el titular del interés es el grupo y no un individuo en particular. Se trata de una pluralidad de sujetos indeterminados, que son titulares de un bien no distributivo y no divisible, dado que no se puede determinar qué porción de éste le corresponde a cada persona.

En este tipo de procesos, la legitimación activa consiste en la alegación de un derecho o interés jurídicamente relevante, que lleva al demandante a iniciar una relación jurídico-procesal para la obtención de una sentencia

² Constitución de Bolivia, artículo 7, inciso h; Constitución de Colombia, artículo 88; Constitución de España, artículo 29; Constitución de Paraguay, artículo 38; Constitución de Perú, artículo 2°, inciso 20.

de fondo, que puede ser favorable o desfavorable. En el caso, será la aptitud de uno o varios sujetos para promover una acción colectiva y, consecuentemente, impulsar un proceso colectivo, en aras de lograr una sentencia para todo el grupo que integre el “colectivo de personas” con el mismo carácter.

No obstante la protección de plexo constitucional y el activismo judicial que se tratarán en el presente trabajo, uno de los obstáculos más importantes a nivel nacional radica en la ausencia de una norma que reglamente los procesos colectivos. El hecho que, a dieciséis años de la reforma del '94 no se haya sancionado la ley reglamentaria, dificulta en demasía, un tema que en sí mismo es complicado. Si bien es cierto que a través de la doctrina y la actividad judicial se han logrado importantes avances en la materia, no lo es menos, que todavía quedan varios puntos neurálgicos sin solución.

En el presente trabajo intentaré abordar la problemática actual de los procesos colectivos. Para ello, entiendo necesario realizar un exhaustivo análisis acerca del marco normativo de los derechos colectivos en nuestro ordenamiento jurídico, haciendo hincapié en dos temas que resultan de vital importancia; la legitimación procesal y los efectos de la sentencia. Por otro lado, no puede dejar de señalarse el gran avance que en la materia significó, el reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “*Halabi*”, por lo que se torna impostergable considerarlo puntualmente.

2. LA TUTELA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS EN EL SISTEMA ARGENTINO.

La reforma constitucional referida, incorporó una nueva categoría de derechos; los derechos de incidencia colectiva. Lamentablemente, el constituyente reformador no destinó un enunciado normativo autónomo para receptorlos, sino que dentro del marco de un proceso constitucional –el amparo colectivo- determinó la existencia legal, expresa e implícita de los mencionados derechos. Esta falta de autonomía regulada ha dado lugar a algunos equívocos respecto de este tipo de derechos. Uno de ellos, es definirlos a partir de la protección, cuando en realidad la tutela es una herramienta instrumental que se constituye a partir de un concepto normativo, con el objeto de garantizar su exigibilidad y oponibilidad³.

³ GIL DOMINGUEZ, Andrés, “Los derechos colectivos como derechos fundamentales”, AAVV, *A una década de la reforma constitucional. 1994-2004*, Coordinado por BIDART CAMPOS, German - GIL DOMINGUEZ, Andrés, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 211/232.

En primer término, se torna necesario definir qué se entiende por derechos colectivos. La incidencia colectiva se encuentra íntimamente vinculada con la afectación a una pluralidad de sujetos a raíz de un hecho determinado, es decir una afectación “supraindividual”. La titularidad de los derechos colectivos no recae sobre un individuo particular, por el contrario pertenece a un colectivo de personas de manera tal, que cada sujeto es titular del derecho en una cuota parte.

Barbosa Moreira⁴, define a los intereses colectivos como aquellos que subjetivamente, no pertenecen a un individuo en particular ni a un grupo nítidamente determinado de personas -sino a un grupo indeterminado, de dificultosa o imposible determinación- cuyos integrantes se hallan vinculados por una concreta relación jurídica y, objetivamente versan sobre un bien indivisible y no fraccionable, por ende, en cuotas adjudicables, a cada uno de sus titulares.

Por su parte, Quiroga Lavie⁵ enseña que el derecho colectivo existe con naturaleza propia, cuando un grupo más o menos determinado de personas protagonizan, en cabeza de cada uno de sus integrantes, relaciones con terceros que les generan perjuicios vinculados a un objeto no susceptible de apropiación exclusiva, o en relación con diversos objetos susceptibles de apropiación exclusiva, pero cualitativamente idénticos.

Adoptar como punto de partida la terminología derechos colectivos, permite afirmar que éstos, son derechos fundamentales y por ende, sostener que: a) existen tanto derechos fundamentales subjetivos como colectivos; b) los derechos colectivos deben contar con un elemento que los constituya y los determine; c) estos derechos no son sinónimo de un colectivismo que arrasa con los derechos subjetivos; d) no son equiparables a obligaciones constitucionales, consistentes en políticas que dependan de la discrecionalidad del Estado; e) ha quedado superada la antigua trilogía del derecho administrativo consistente en “derecho subjetivo-interés legítimo-interés simple”, así como su correlativa gama de protección judicial y administrativa y; f) pueden existir colisiones entre derechos subjetivos y derechos colectivos, o bien, entre derechos colectivos que se resolverán en la “dimensión del peso”⁶.

⁴ BARBOSA MOREIRA, “A legitimacao para defesa dos interesses difusos, no direito brasileiro”, en *Temas de direuto processual*, Editorial Saravia, San Paulo, Brasil, 1984, p.183.

⁵ QUIROGA LAVIE, Humberto, *El Amparo Colectivo*, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 211.

⁶ GIL DOMINGUEZ, Andrés, *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 131.

En consonancia, estamos en grado de poder afirmar que los procesos colectivos aparecen como los mecanismos adecuados para salvaguardar aquella nueva categoría de derechos introducidos al texto constitucional, a través de la última reforma.

Actualmente, el marco normativo de los procesos colectivos se encuentra consagrado en el capítulo “Nuevos Derechos y Garantías”. Específicamente, en el segundo párrafo del artículo 43, que establece el amparo colectivo o, en otros términos, la tutela judicial efectiva para estos derechos.

Esta protección o herramienta que la Constitución otorga a través del amparo colectivo, es, sin duda, un correlato de la jerarquía constitucional que se otorga a los derechos colectivos. Ello, para cumplir con una de las reglas básicas del derecho constitucional, que es; “no hay derecho sin garantía”. De nada sirve reconocer prerrogativas a los individuos en la Ley Fundamental, si no existe un instrumento adecuado que pueda válidamente esgrimirse, cuando éstas son lesionadas o cercenadas.

Recientemente, el Alto Tribunal en ocasión de dictar sentencia en el fallo “*Halabi*”, describió tres categorías de derechos que se encuentran protegidos a través de la acción de amparo. En primer lugar, los derechos individuales tutelados por el primer párrafo del artículo 43 de la Ley Suprema, es decir la protección de derechos divisibles, no homogéneos, caracterizados por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual - vbgr. El derecho de trabajar, el de propiedad, etc.-.

En segundo lugar, los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos o comunes. Se trata de aquellos bienes que son insusceptibles de apropiación individual, ya que por pertenecer a toda la comunidad resultando indivisibles; por ejemplo, el derecho al medioambiente sano, o al patrimonio cultural de la humanidad.

Finalmente y en tercer lugar, los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, amparados por el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución. En estos supuestos no hay un bien colectivo, toda vez que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. No obstante, existe un hecho único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto, es identificable una causa fáctica homogénea. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un sólo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño, el que deberá ser individualmente considerado

-vbgr. Los derechos de usuarios y consumidores de bienes y servicios, que hayan sufrido una lesión con identidad fáctica y jurídica.

Sin embargo, es de trascendental importancia mencionar que el amparo no es la única vía para la protección de los derechos de incidencia colectiva. En efecto, éstos pueden encontrar tutela en otro tipo de procesos donde se alberguen derechos colectivos; tal es el caso del habeas corpus colectivo⁷ o del habeas data colectivo⁸ que ya han tenido reconocimiento expreso en la más alta jurisprudencia. Señálese a todo evento, que el amparo procede siempre que no exista otro medio judicial más idóneo.

En suma, el proceso puede tener dos modalidades, individual o colectiva, cuyas estructuras difieren según el caso. Ello por cuanto, los procesos colectivos en tanto involucran a un grupo de personas, presentan características notoriamente disímiles en relación al proceso singular. En consecuencia, es indudable los beneficios que aportaría al sistema, una normativa reglamentaria que contemple las características propias de este tipo de procesos, estableciendo los mecanismos específicos que permitan un funcionamiento eficaz.

3. LEGITIMACIÓN PROCESAL.

El artículo 43 de la Constitución consagra la procedencia de la acción rápida y expedita de amparo, que podrá interponer toda persona afectada por un acto u omisión lesiva, sea de autoridad pública o de particulares. A su vez, el segundo párrafo del precepto constitucional dispone que también *“podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblos y las asociaciones que propenden a esos fines (...)”*.

Con esta incorporación finaliza el debate acerca del reconocimiento jurídico de los denominados derechos de pertenencia colectiva o difusa. Así, la dicotomía derecho subjetivo – interés legítimo, es insuficiente como categoría para reconocer la legitimidad activa⁹. Es decir, esta redacción

⁷ CSJN, Fallos 328:1146, “Verbitsky, Horacio”, sentencia del 03/05/2005; CSJN, Fallos 332:2544, “Rivera Vaca, Marco Antonio y otro”, sentencia del 16/11/2009.

⁸ CNCom, Sala E, “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Citibank N.A.”, sentencia del 12/05/2006.

⁹ MORELLO, Augusto M. y VALLEFIN, Carlos A., *El Amparo. Régimen Procesal*, Librería Editora Platense S.R.L., Buenos Aires, 1998, p. 258.

permite la participación en el proceso de aquellos sujetos que tengan interés suficiente, para acreditar legitimación en el litigio y obtener la calidad de parte procesal.

La legitimación procesal, es entendida como la capacidad o aptitud que se reconoce a un sujeto para intervenir en un proceso judicial. Implica el reconocimiento que el ordenamiento jurídico hace a favor de un individuo, en cuya virtud le confiere la posibilidad de ejercitar eficazmente su poder de acción, en base a la relación existente entre la persona y los derechos cuya tutela jurisdiccional pretende¹⁰. También ha sido definida como la capacidad procesal para estar en juicio, en orden a formular una determinada petición y obtener a través de ella una sentencia que la resuelva¹¹.

La legitimación puede ser activa o pasiva. Quién alega legitimación activa, es el titular del derecho que se pretende hacer valer. Mientras que, el legitimado en forma pasiva, es aquél del que se procura la recomposición del derecho vulnerado. Ahora bien, para que la pretensión resulte acogida se torna necesario invocar un interés suficiente.

Tal como lo explicaba Bidart Campos¹² *“la legitimación procesal es una herramienta de primer orden en la apertura de las rutas procesales, de poco o nada valen las garantías y las vías idóneas, si el acceso a la justicia se bloquea en perjuicio de quién pretende su uso y se le deniega la legitimación”*.

Es posible poseer un derecho fundamental, sustentado por el espacio estructural, al cual le corresponde la pertinente garantía -emergente de la órbita procedimental- pero ante un supuesto de acción u omisión violatoria, si no se tiene legitimación procesal necesaria, el derecho y la garantía se esfuman al unísono dejando huérfano de forma y sustancia al Estado Constitucional de Derecho. Esta realidad, obliga necesariamente a reflexionar sobre la auténtica naturaleza de la legitimación procesal, lo cual importa como primer paso, no considerarla como un mero instrumento formal.

La legitimación procesal tiene una naturaleza estructural, por cuanto deriva del derecho fundamental a la jurisdicción o a la tutela judicial

10 SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín, *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Colectivos a través de la Legitimación de los Grupos*, Editorial Dykinson, España, 1995, p. 156.

11 BIANCHI Alberto B., *Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de la legitimación colectiva a gran escala*, *Revista Argentina del Régimen de la Administración pública (RAP)*, abril de 1998, Año XX, n° 335, p. 15.

12 BIDART CAMPOS, Germán, *El Derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 309.

efectiva. Negarla al titular de un derecho o bien, reconocerla solamente a sujetos distintos de los titulares, sobre los cuales no existe ninguna forma de contralor real y efectivo ante su inacción procesal por parte de los titulares, implica “la llave de ingreso” al proceso tuitivo y consecuentemente, debilitar al extremo la fuerza normativa de la Constitución¹³.

Actualmente se reconocen cuatro clases de intereses, a saber:

1. Los derechos subjetivos; entendidos como la facultad de exigir a otro u otros una conducta determinada, es decir que se trata de un interés jurídicamente protegido. Son requisitos para la existencia de un derecho subjetivo: a) una norma jurídica que determine la conducta debida y, b) que esa conducta sea debida a un individuo determinado en forma exclusiva.
2. Los intereses legítimos; a diferencia del supuesto anterior, en éste si bien el individuo tiene un interés personal y directo, esta protección no está concedida por el ordenamiento jurídico en forma exclusiva, sino que existe una pluralidad de individuos que se encuentran en esa misma situación. Actualmente se propone suprimir su autonomía conceptual por considerar que se trata de una tipología de derecho subjetivo. En esta postura parecieron enrolarse los constituyentes ya que al hacer referencia a las garantías jurisdiccionales se establece que será el afectado quien tendrá legitimación procesal, sin distinguir entre derecho subjetivo o interés legítimo.
3. Los intereses simples; son conceptualizados como el interés del individuo en el cumplimiento de la ley o en el buen funcionamiento del orden público. Claro está que quien lo invoca no se encuentra afectado de una manera directa ni principal.
4. Los derechos de pertenencia difusos o de incidencia colectiva; se caracterizan por su indivisibilidad ya que no pueden estar en cabeza de una persona particular sino que pertenecen a toda una colectividad o a una parte importante de ella¹⁴.

Tradicionalmente sólo estaba legitimado en forma activa para ser parte en un juicio, la persona que podía alegar un derecho subjetivo o un interés legítimo. En otros términos, únicamente podía entablar una demanda el individuo que se encontraba perjudicado en forma directa por la acción u omisión, pero no aquél que sufría un perjuicio indirecto o mediato.

¹³ GIL DOMINGUEZ, Andrés, *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*, Op. Cit., p. 215/216.

¹⁴ TORICELLI, Maximiliano, *Un importante avance en materia de legitimación activa*, LL 2009-B, p. 202.

Con la incorporación de los derechos colectivos en la Constitución de 1994, el concepto de legitimación procesal ha sufrido modificaciones sustanciales, ampliándose de manera considerable. Justamente, la tutela de los intereses colectivos o derechos de incidencia colectiva, supone la necesidad de ampliar el concepto de personas legitimadas, para actuar en el proceso. Por ello, es imprescindible delimitar los diferentes intereses que un individuo puede poseer en relación a un derecho, a fin de esclarecer cuáles reconoce el ordenamiento jurídico, como suficientes para permitir el acceso a la justicia en búsqueda de una tutela adecuada.

Comparto el criterio adoptado en la Proyecto de ley de amparo con media sanción¹⁵, que en el artículo 2º legitima activamente a: 1. Los afectados, sin especificar quiénes son, entiendo que es quién acredite un mínimo de interés razonable y suficiente, una afectación medita o indirecta; 2. Las asociaciones inscriptas conforme lo determine una ley del Congreso; 3. El defensor del pueblo y; 4. El Ministerio Público¹⁶.

3.1. EL AFECTADO.

El término “afectado”, resulta totalmente extraño a la terminología jurídica clásica y a la utilizada en nuestro país. La afectación de un derecho puede ser directa o indirecta; la primera está relacionada con la vulneración de un derecho subjetivo, y la segunda, interesa a cualquier situación jurídica relevante que merece tutela jurisdiccional.

Alcanza vital trascendencia, desentrañar el significado de este vocablo, toda vez que es determinante respecto de la legitimación activa del amparista. Vale recordar, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta el concepto de persona “directamente afectada”, reconociendo en esa posición, además del titular del derecho fundamental vulnerado, a toda persona que tenga un interés legítimo en restablecer la legalidad, aún cuando no sea víctima. Se ha señalado, que el concepto de “persona directamente afectada” de conformidad con el artículo 162 1) b.¹⁷ de la

¹⁵ Proyecto de Ley Diputados. Expediente: 0906-D-2005. Publicado en: Trámite Parlamentario nº 13 Fecha: 17/03/2005. Cámara revisora: Senado Expediente: 0024-CD-2006. Actualmente, este proyecto ha perdido estado parlamentario.

¹⁶ BASTERRA, Marcela I., “Procesos Colectivos y Acciones de Clases en el Sistema Jurídico Argentino. A propósito del caso “Halabi”. El Reporte, Año 5 -Nº 20- Noviembre de 2009. Escuela de Capacitación del Poder Judicial de la Provincia de Chubut. Rawson, Pcia. de Chubut. p. 19.

¹⁷ Constitución de España, Artículo 162.-“1. Están legitimados: (...) b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal”.

Constitución española, hay que reconducirlo al de “interés legítimo”. Entonces, no solamente tienen legitimación activa para interponer acción de amparo, los titulares de la relación jurídica material que en él ha de discutirse; sino también los portadores de intereses generales, sociales, colectivos y difusos.

A partir de la reforma constitucional, comenzaron las discusiones doctrinarias sumamente controvertidas y opuestas, en torno a la interpretación de la palabra “afectado”. Básicamente, existen tres posturas. En primer lugar, aquélla que ha sido denominada por la doctrina¹⁸ como posición “*restringida*”. En la misma podemos advertir algunos argumentos muy claros, tal el caso de Barra¹⁹, quien, directamente señala “*la legitimación reside en el afectado, que es la persona que puede invocar el “daño diferenciado” que menciona Scalia; tal como ocurre con la situación prevista en el primer párrafo de la norma. Es el mismo afectado del artículo 5º de la ley 16.986. (...) no hay tampoco novedad en materia de legitimación para accionar, que siempre (...) queda reservada para el agraviado en un derecho o garantía personal, propio, directo, es decir lo que habitualmente se denomina derecho subjetivo*”.

Por su parte, Cassagne²⁰ considera “*que si bien la cláusula constitucional permite interponer esta acción a toda persona (artículo 43, 1º parte), la segunda parte de dicho precepto exige como requisito, para el acceso al proceso de amparo individual, que se trate de un afectado, es decir de una persona que ha sufrido una lesión sobre sus intereses personales y directos (...)*”. En similar sentido, se pronuncia Palacio de Caeiro²¹ cuando explica que, “*los legitimados activos reconocidos en la prescripción magna resultan ser: el afectado agraviado por algún acto u omisión que lesione en forma directa y concreta sus derechos subjetivos*”.

Siguiendo esta línea argumental, puede concluirse que para esta corriente el “afectado” es la persona titular de un derecho subjetivo, es decir, aquél que sufre un daño directo, que recae exclusivamente sobre un sujeto determinado.

¹⁸ Amplíese de TORICELLI, Maximiliano, “Legitimación Activa en el Artículo 43 de la Constitución Nacional”, AAVV, *EL Amparo Constitucional –Perspectivas y Modalidades-*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 50/58.

¹⁹ BARRA, Rodolfo C., *La acción de amparo en la Constitución reformada: La legitimación para accionar*, LL 1994-E, p. 1088.

²⁰ CASSAGNE, Juan Carlos, *Sobre la protección ambiental*, LL, 04/12/1995.

²¹ PALACIO DE CAEIRO, Silvia, *La acción de amparo, el control de constitucionalidad y el caso concreto judicial*, ED, 01/08/1997.

En segundo lugar, la posición “*amplia*” considera legitimados para accionar a quienes son titulares de un derecho subjetivo de manera directa, pero también a quien sufre una afectación indirecta o refleja. Esto es, aquellos que tengan un interés mediato, sin que sea necesaria la existencia de un interés inmediato o directo. Bidart Campos²² explicaba, que afectado es aquella persona que en forma conjunta con muchos otros, padece un perjuicio compartido. Como lo señala el texto del artículo 43 de la Norma Fundamental, “*merece concederle legitimación individual, bien aisladamente a éste, bien en litisconsorcio activo con los demás, o con una asociación*”.

Sagüés²³ expresa, que el segundo párrafo del artículo 43, estatuye dos casos peculiares de legitimación activa “*(...) para esta gama de situaciones, (...) la CN da legitimación a tres sujetos: a) al afectado (ésta es una palabra indulgente, que puede abarcar tanto a quienes tengan derecho subjetivo, interés legítimo o interés simple (...))*”.

En suma, esta posición puede ser sintetizada, afirmando que es aquella que considera que con la voz “*afectado*”, se refiere a la legitimación para tutelar cualquier derecho de incidencia colectiva en general. Debiendo acreditarse un mínimo de interés razonable y suficiente, sin caer en el extremo de tener que demostrar un derecho subjetivo lesionado, así como tampoco en las antípodas de considerar que con esa palabra se abren las puertas de una acción popular.

Por último, en tercer lugar se encuentra la denominada postura “*amplísima*”, sería la que considera que los márgenes de la legitimación del afectado se ensanchan de tal manera, que toda persona puede interponer una acción de amparo, invocando la defensa de la legalidad o una disfunción socialmente relevante.

En esta perspectiva se enrola Jiménez²⁴, quien reconoce la legitimación en materia de derechos de incidencia colectiva, a aquél que revista la calidad de “*habitante*”, es decir, una acción popular para los casos en que se defienda la legalidad constitucional y el patrimonio social. Entendiendo que el dispositivo de la norma del artículo 43, segundo párrafo, no sólo limita exclusivamente la legitimación al “*afectado*”, al defensor del pueblo y a las

22 BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 318 ss.

23 SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Amparo, hábeas data y hábeas Habeas en la reforma constitucional*, LL, 1994-D, p. 1157.

24 JIMÉNEZ, Eduardo Pablo, “*El Amparo colectivo*” en AAVV, *Derecho Procesal Constitucional*, Coordinada por MANILI, Pablo, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2005, p. 79/85.

asociaciones; sino que es justamente a los “habitantes” como destinatarios de los derechos constitucionales, a quienes especialmente habilita.

Con anterioridad a la reforma constitucional, jurisprudencialmente se reconocía una legitimación amplísima, en tal sentido cabe destacar dos “*leading case*”. El primero de ellos, es el fallo “*Kattan*”²⁵; en el caso el magistrado entendió que “*todo ser humano posee un derecho subjetivo a ejercer las acciones tendientes a la protección del equilibrio ecológico*”, debido a que se trataba de un derecho derivado de los implícitos reconocidos, en el artículo 33 de la Constitución. En el segundo, el precedente “*Ekmekdjian c/ Sofovich*”²⁶, el Máximo Tribunal concedió legitimación al actor, a pesar que no había sido mencionado ni individualizado (en el agravio), en el entendimiento que el efecto reparador del derecho a réplica, comprendía a cualquier persona que pudieron sentirse ofendida.

Sin embargo, después de la última reforma constitucional se impone un límite -a este tipo tan amplio de legitimación- estableciendo un estándar en algunos casos claros, tales como en razón de la vecindad, supuesto que no se discute actualmente como posible causa de legitimación, ya que fue genéricamente aceptada a partir de los precedentes “*Schroder*”²⁷ y “*Seiler*”²⁸. En este último, la Alzada sostuvo que; “*Cualquiera sea la posición que se adopte frente al artículo 43 de la Constitución Nacional, no cabe duda que la actora se encuentra legitimada para reclamar por un predio cuyas condiciones son inconvenientes para los habitantes de la ciudad y para las personas que en él habitan y que se encuentran ubicados a pocos metros de su domicilio real. Ello es así, en tanto no pueda negarse que lo que allí acontece la afecta, de un modo directo*”.

3.2. EL DEFENSOR DEL PUEBLO.

La legitimación para la tutela de los derechos de incidencia colectiva por parte del defensor del pueblo, tiene una doble habilitación constitucional; en el capítulo de “Nuevos Derechos y Garantías”, artículo 43 y en la parte orgánica en el artículo 86, que en concordancia establece que es misión de este funcionario “*la defensa y protección de los derechos humanos y demás*

²⁵ Juzg. de 1ra. Inst. - Adm. Fed, N° 2, “*Kattan, Alberto E. y otro c/ Poder Ejecutivo Nacional*”, sentencia del 10/05/1983.

²⁶ CSJN, fallos 315:1492, “*Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros*”, sentencia del 07/07/1992.

²⁷ CNFED en lo Cont. - Adm., Sala III, “*Schroder c/ Estado Nacional- Secretaría de Recursos Naturales*”, sentencia del 08/09/1994.

²⁸ CNCIV, Sala D, “*Seiler, M.L c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo*”, sentencia del 22/11/1995.

derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración (...)". Anotándose, expresamente que *"El defensor del pueblo tiene legitimación procesal"*.

La doctrina, no es unánime²⁹ en relación al ámbito de actuación del defensor del pueblo; existen diferentes posturas que tienden a esclarecer, si el Defensor de la Nación también puede intervenir en los ámbitos provinciales o, si por el contrario, en las jurisdicciones locales solamente podrá actuar el defensor del pueblo de cada Provincia.

La posición *"amplia"* está encabezada por Quiroga Lavié³⁰; quien reconoce a este funcionario facultades para actuar tanto en relación a la administración, como al Poder Judicial; en el ámbito nacional como provincial.

Hay autores más *"cautos"*, que circunscriben la actuación del defensor del pueblo al ámbito exclusivo de la Nación. Así Bidart Campos³¹ explicaba que *"(...) el defensor del pueblo fue instituido en el artículo 86 como un órgano de control federal, lo cual circunscribe su competencia al ámbito exclusivamente federal, o sea, a las violaciones de autoría federal y a la fiscalización de funciones administrativas públicas de alcance federal (...) no pudiendo intervenir en la zona que es propia de las provincias"*.

Sin duda, se trata claramente de un órgano de control federal, instituido para la defensa de los derechos humanos y garantías de la Constitución Nacional. Sin embargo, comparto las razones de Toricelli³²; cuando sostiene que el Defensor del Pueblo de la Nación tendría facultades para actuar en los Estados locales, ante el supuesto de que el defensor de la Provincia no hubiera intervenido. Es decir, en principio en las jurisdicciones provinciales, la competencia pertenece al defensor local; no obstante no existe ningún obstáculo que impida actuar al funcionario nacional, cuando no aquél no hubiera participado.

No puede dejar de advertirse, que con anterioridad a 1994 -aunque se

²⁹ Puede verse de BASTERRA, Marcela, *"El Amparo Colectivo, Las Acciones de Clase, La Acción Popular y la legitimación del artículo 43, 2° parte de la Constitución Nacional"*, AA.VV, *Garantías y Procesos Constitucionales*, Director: Néstor SAGÜÉS. Coordinadora: María Gabriela ABALOS, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003, p. 199/241.

³⁰ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *El Defensor del pueblo ante los Estrados de la justicia*, LL, 1995-D- p. 1059.

³¹ BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Op. Cit., p. 318/319.

³² TORICELLI, Maximiliano, *Legitimación Activa en el Artículo 43 de la Constitución Nacional*, Op. Cit., p. 85.

le daba el nombre de “Controlador General Comunal”- se había legitimado al defensor del pueblo en el caso “*Cartañá*”³³. Si bien surge con claridad que el accionar del defensor del pueblo, es en relación a todos los derechos constitucionales que puedan tener cualquier tipo de incidencia colectiva, y no se agota con la enumeración que realiza el segundo párrafo del artículo 43; no se explican sentencias del más Alto Tribunal como “*Colegio de fonoaudiólogos de Entre Ríos c/ Estado Nacional*”³⁴. En este caso, la Corte no hizo lugar a la acción con fundamento en que “*la acción de amparo había sido deducida respecto de derechos de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados, por encontrarse la protección de esa clase de derechos al margen de la ampliación del universo de legitimados establecida por el artículo 43 de la Constitución Nacional*”. (Considerando 3º). Sin duda, el Máximo Tribunal al rechazar la acción colectiva y la presentación del Defensor del Pueblo, no tuvo en cuenta precedentes, con mejores estándares de protección; aunque fueran de instancias inferiores, como la sentencia en autos, “*Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Edesur*”³⁵.

3.3. LAS ASOCIACIONES ESPECIALES.

Finalmente, en la norma en estudio aparece la legitimación colectiva a través del amparo para las asociaciones intermedias que tengan un objeto o fin específico “*que propendan a esos fines*”. La legitimación es otorgada para promover acción judicial –de amparo colectivo- cuando se produzcan actos lesivos, que afecten a los derechos de los asociados o de toda la comunidad, según los casos.

La legitimación en cabeza del defensor del pueblo o de asociaciones

33 CNCIV, Sala K, “*Cartañá, Antonio y otro c/ Municipalidad de la Capital*”, sentencia del 28/02/1991. En esta oportunidad el tribunal sostuvo que “*en el campo de los “intereses difusos” es evidente que no es sólo la cosa pública la que aparece directamente dañada, sino que es el conjunto de los habitantes de una manera personal y directa la víctima respecto de la cual el derecho objetivo tiene necesariamente que acordar un esquema de protección dando legitimación para obrar al grupo o individuo que alegue su representación sin necesidad de norma específica al respecto (...). El Controlador General Comunal tiene legitimación activa para interponer una acción de amparo en defensa de los intereses difusos que estima afectados*”.

34 CSJN, fallos: 326:2998, “*Colegio de fonoaudiólogos de Entre Ríos c/ Estado Nacional*” sentencia del 02/04/2004. El Fisco Nacional interpuso recurso extraordinario contra la sentencia de Cámara que hizo lugar a la acción de amparo promovida por el Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos, declarando la inconstitucionalidad de las disposiciones que impiden a quienes tengan ingresos brutos anuales que no superen la suma de \$36.000 asumir la posición de responsables no inscriptos frente al IVA.

35 CNFED. CIV y COM., Sala I, “*Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Edesur*” sentencia del 16/03/2000.

especiales, para accionar en nombre de otros, permite visualizar con claridad, que el derecho protegido no es un derecho individual, sino colectivo. Están legitimados para interponer acción de amparo en nombre de un sector o grupo, cuyos derechos han sido lesionados por tratarse de “derechos de incidencia colectiva”. Es decir que, tendrán legitimación para accionar las asociaciones cuyo objeto social, esté directamente relacionado con el ejercicio del derecho que se está reclamando.

Sin embargo, la norma genera algunos inconvenientes dado que uno de los requisitos del precepto constitucional es que las asociaciones afines deberán encontrarse registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. La reglamentación de este artículo, constituye una deuda pendiente del Poder Legislativo, ya que ha trascurrido un tiempo más que razonable para su sanción. Esta circunstancia de ningún modo importa un impedimento para su aplicación, ya que conforme a la tradicional doctrina de la Corte Suprema, las garantías existen por el sólo hecho de estar consagradas en la Constitución Nacional, independientemente de las leyes que reglamenten su ejercicio.

Entonces, la cuestión a dilucidar radica en determinar qué recaudos deben cumplimentar una asociación a efectos de obtener legitimación, para accionar en un determinado proceso.

Ante la ausencia de una ley que reglamente la legitimación activa de las asociaciones especiales, los estándares básicos, fueron desarrollados a través de la jurisprudencia, con excelente criterio de amplitud. Generalmente, el parámetro adoptado es el de una adecuada correlación entre, el objeto social de la asociación que solicita el amparo y el derecho que pretende tutelarse³⁶. A modo de ejemplo se pueden mencionar los fallos en que se legitima a asociaciones tales como “*Fundación Poder Ciudadano c/ Estado Nacional - Secretaría de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación s/ Amparo Ley 16.986*”³⁷; “*Fundación Accionar Preservación Ambiente Sustentable v. Comité Ejecutor Plan Gaym Cuenca Matanza-Riachuelo y otros*”³⁸; “*Asociación del Personal Legislativo -APL c/ EN -Honorable Congreso de la Nación -H Senado ley 23.551 s/diligencia*

³⁶ Ver de BASTERRA, Marcela I., *El Derecho Fundamental de Acceso a la Información Pública*, Editorial Lexis Nexis Argentina S.A., Buenos Aires, 2006, p. 113/135.

³⁷ Juzg. de 1ra. Inst. en lo Cont. Adm. Fed. N° 5, “*Fundación Poder Ciudadano c/ Estado Nacional - Secretaría de la Honorable Cámara de Senadores de La Nación s/ Amparo Ley 16.986*”, sentencia del 22/11/2001.

³⁸ CNACAF, Sala I, “*Fundación Accionar Preservación Ambiente Sustentable v. Comité Ejecutor Plan Gaym Cuenca Matanza-Riachuelo y otros*”, sentencia del 16/04/2002.

*preliminar*³⁹; *“Centro de Implementación de Políticas Públicas E .y C. y otro c/ Honorable Cámara de Senadores del Congreso de la Nación s/ amparo Ley 16.986*⁴⁰.

En tal sentido, en *“Asociación Benghalensis*⁴¹ el Alto Tribunal falló a favor de diversas asociaciones⁴² -que desarrollan actividades contra la enfermedad del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida -en una acción de amparo, interpuesta contra el Estado Nacional a fin obligar al Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, a cumplir con la asistencia, tratamiento y rehabilitación de los enfermos de SIDA y, en especial, con el suministro de medicamentos. En el caso, ante la falta de legitimación planteada por la demandada, el Procurador General sostuvo que *“los amparistas (...) tienen por objeto la lucha contra el SIDA y, en consecuencia, están legitimadas para interponer acción de amparo contra las omisiones del Estado, por presunto incumplimiento de la ley 23.798 y de su decreto reglamentario (...) toda vez que fundan su legitimación para accionar, no sólo en el interés difuso en que se cumplan la Constitución y las leyes, sino en su carácter de titulares de un derecho de incidencia colectiva a la protección de la salud, cuyo contenido es la prevención, asistencia y rehabilitación de los enfermos que padecen el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida y sus patologías derivadas, además del derecho que les asiste para accionar para el cumplimiento de una de las finalidades de su creación que, en el caso, es la de luchar contra el SIDA”* (Considerando 8º).

Por otro lado, en *“Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires*⁴³, la Cámara Comercial hizo lugar a una acción de amparo promovida por la asociación, condenando a la entidad bancaria a reintegrar a sus clientes que no hayan adherido y aceptado expresamente el servicio, las sumas de dinero debitadas en concepto de seguro por extracción forzada en cajero automático y/o extravío de tarjetas de débito.

39 CNACAF, Sala IV, *“Asociación del Personal Legislativo -APL c/ EN -Honorable Congreso de la Nación -H Senado ley 23551 s/diligencia preliminar”*, sentencia del 03/06/2004.

40 CNACAF, *“Centro de Implementación de Políticas Públicas E .y C. y otro c/ Honorable Cámara de Senadores del Congreso de la Nación s/ amparo Ley 16.986”*, sentencia del 27/05/2005.

41 CSNJ, fallos 323:1339, *“Asociación Benghalensis y otros c/ Estado Nacional s/ amparo”*, sentencia del 01/06/2000.

42 *Asociación Benghalensis, Fundación Descida, Fundación para estudio e investigación de la Mujer (FEIM), Asociación Civil Intilla, Fundación R.E.D., Fundación CEDOSEX (Centro de documentación en sexualidad), Fundación Argentina pro ayuda al niño con SIDA, y la Asociación Civil S.I.G.L.A.*

43 CNCom, sala C, *“Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco de la Provincia de Buenos Aires”*, sentencia del 04/10/2005.

En el caso, la legitimación de la accionante fue cuestionada y la Cámara Comercial sostuvo que; *“la legitimación de la actora deriva, asimismo, del cumplimiento de una de las finalidades para las que fue creada, por lo que corresponde considerar que posee interés legítimo, y por ende, aptitud para accionar con el alcance que informa la pretensión aquí deducida. No constituye óbice el hecho de que la actuación sea en defensa de intereses patrimoniales individuales; máxime, si se atiende a las particulares notas que presenta el caso en relación con este aspecto, antes destacadas.”*

4. ¿SON ERGA OMNES LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS EN LOS PROCESOS COLECTIVOS?

A través de la sentencia, el juez crea una norma individual que constituye una nueva fuente reguladora de la situación jurídica controvertida en el proceso, y que como manifestación trascendente, que es el ejercicio de la función jurisdiccional, debe ser acatada por las partes y aceptada por los terceros.

En realidad, los pronunciamientos finales en los procesos colectivos, estructuralmente no difieren de los que suelen emitirse en procesos ordinarios. Lo que sí es disímil en las sentencias colectivas, son sus efectos.

La particularidad en esta materia es que las sentencias son de condena abierta; lo que significa que otros sujetos que se encuentren en la situación colectiva objeto del litigio, pueden adherir al fallo sin haber sido parte en el proceso. Es decir, que este tipo de sentencias, para algunos autores⁴⁴ tienen efectos *“erga omnes”*, dado que benefician o perjudican a la colectividad en general, o a sectores de ella.

De acuerdo a las características de los procesos colectivos, las resoluciones que se dicten en éstos, deben tener efectos *ultra partes* y carácter *“erga omnes”* –al menos para el “colectivo” interviniente- esto es así, debido a que una sentencia con las mismas derivaciones que tienen éstas en los procesos individuales, es decir –*intra partes*- no sería adecuada para lograr una tutela efectiva de los derechos colectivos. Un pronunciamiento que alcance solamente a las partes que intervinieron en el litigio desvirtuaría la finalidad misma de la acción colectiva.

La cosa juzgada significa que la sentencia adquiere efectos de irrevocabilidad, debido a que contra ella no procede ningún recurso que pueda modificarla. Supone la inimpugnabilidad de la misma, es decir, la preclusión de los recursos que se intenten en su contra.

⁴⁴GOZAINI, Osvaldo Alfredo, *Tutela de los derechos de incidencia colectiva. Conflictos de interpretación en las cuestiones de legitimación procesal*, LL, 12/04/2005, p. 24.

Existe cosa juzgada en sentido formal, cuando la sentencia a pesar de ser inimpugnable en el proceso en el cual se la dictó, subyace la posibilidad de obtener un resultado diferente, en un juicio posterior. Mientras que habrá cosa juzgada en sentido material, cuando la inimpugnabilidad de la sentencia se extienda no sólo al proceso en el cual fue dictada, sino también en los litigios posteriores.

Sostiene Hitters⁴⁵ que *“Tal criterio puede emplearse cuando se habla de la res judicata en los procesos colectivos si la pretensión es repelida (efectum secundum litis), pues nada impide que alteradas las circunstancias que dieron origen a la desestimación de la acción, la cuestión pueda renovarse individualmente en un pleito posterior, si se ha perjudicado a terceros que no estuvieron presentes en la contienda.”* De ahí entonces, considera que para *aggiornar* la vieja definición de *res judicata* a los nuevos criterios de los pleitos colectivos, pueda postularse que si se repele la pretensión estamos en presencia de cosa juzgada formal, y ello habilita a un nuevo pleito.

Para Knavs y Herrán⁴⁶ *“la cosa juzgada en el modo de manifestarse y producirse los efectos de la sentencia, o sea una cualidad que le otorga la ley procesal a fin de otorgar estabilidad a la decisión; implica que no existen contra ella remedios procesales que puedan modificarla (...). Una pretensión ya juzgada pasada en autoridad de cosa juzgada reviste carácter de orden público, hace a la esencia misma de la jurisdicción y en definitiva a la vigencia del Estado de derecho”*. Siguiendo un criterio similar al de Gozaini, las autoras se refieren a las sentencias de condena abierta, ya que existen varias personas que estarían legitimadas para interponer la acción, siendo la decisión susceptible de afectarlas a todas por igual.

La postura mayoritaria en doctrina⁴⁷, con acierto, sostiene la existencia de una distinción entre “efectos de la sentencia” y “autoridad de cosa juzgada”. En tal sentido, se entiende que la cosa juzgada no configura un efecto de la sentencia, sino que es considerada como el modo en el cual se manifiestan las consecuencias de un pronunciamiento. Se toma a la

⁴⁵ HITTERS, Juan Carlos, *Alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos*, LL 2005-F, p. 751.

⁴⁶ KNAVS, Verónica y HERRAN, Maite. *XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal: Para afianzar la justicia. Proceso Civil Procesos colectivos y acciones de clase. Problemas que suscitan la legitimación y la cosa juzgada*, *El Dial*: DC701, p. 12.

⁴⁷ PALACIO, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil -décimo séptima edición actualizada-*, Editorial Abeledo-Perrot, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003. p. 499 y MAURINO, Gustavo – NINO, Ezequiel – SIGAL, Martín, *Las Acciones Colectivas. Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jurisprudencial y Comparado*, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 278.

cosa juzgada como un agregado dentro de la resolución que le concede estabilidad definitiva a la misma; o sea, que le asegura el carácter de la inimpugnabilidad a dicha sentencia.

Si bien se les otorga a las resoluciones dictadas en los procesos colectivos, efectos “*erga omnes*”, es decir que dicho pronunciamiento no recae solamente sobre las partes que intervinieron en el proceso, sino que también es susceptible de extender sus derivaciones a un grupo o sector determinado.

Lo cierto es, que no en todos los casos colectivos las sentencias que se dictan gozan de efectos “*erga omnes*”. Por el contrario, hay que hacer una distinción basada en el resultado del pleito para saber en qué casos, los pronunciamientos afectan a todos los sujetos que se encuentren legitimados para promover la acción, independientemente de su intervención en el proceso, y en qué supuestos, las decisiones dictadas solamente afectarán a las partes que intervinieron en dicho litigio.

Por ello, cuando se haga lugar a la pretensión colectiva y se obtenga un resultado favorable, esto es, cuando se modifiquen situaciones de hecho que importen beneficios no sólo para las partes que han intervenido sino, para un grupo determinado; el derecho objeto del proceso, quedará consolidado y no se podrá iniciar otro proceso con el mismo objeto, porque en esta hipótesis, los efectos de la sentencia se extenderían al grupo que se ve beneficiado por la misma.

En sentido contrario, cuando se rechace la demanda colectiva, por entender que carece de legitimidad el sujeto que la ha interpuesto, o cuando en el litigio no se obtenga una decisión favorable, porque los medios probatorios utilizados resultaron insuficientes; se podría intentar otra acción con el mismo objeto, dado que el derecho no estaría consolidado. En consecuencia, se podría iniciar una nueva acción colectiva cuando la interpusiera un sujeto que se encuentre correctamente legitimado, o aún tratándose de la misma persona o parte, si ha surgido algún hecho nuevo o pruebas antes desconocidas que logren verificar los fundamentos de la pretensión colectiva.

En esta postura se enrola Gil Domínguez⁴⁸, quien expresa “*la cosa juzgada colectiva debe desdoblarse en dos supuestos. Si la pretensión colectiva es desestimada, los efectos solamente se limitan a los sujetos promotores, quedando abierta la vía judicial para otros titulares que invoquen nuevos argumentos o elementos de prueba respecto de los*

⁴⁸ GIL DOMINGUEZ, Andrés, *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*, Op. Cit., p. 229.

aportados en la causa concluida. En tanto, si la pretensión colectiva es favorable, el efecto es erga omnes, aún en aquellos casos en los que se haya verificado una colisión de derechos colectivos (...).

Con igual criterio, el artículo 21 del proyecto de ley de amparo referenciado disponía que *“En los procesos colectivos, la sentencia alcanza a todo el grupo afectado en la jurisdicción territorial del juez de primera instancia interviniente, y será oponible al vencido, en beneficio de quienes, a pesar de no haber intervenido personalmente en el juicio, compartan la situación jurídica o de hecho con los que interpusieron la acción. En caso de rechazo de la acción, cualquier legitimado que no haya intervenido en el proceso, puede intentar otra acción con idéntico objeto, si se valiere de nueva prueba. La sentencia recaída en el amparo colectivo no obsta a la presentación de acciones de amparo individuales sobre el mismo objeto, por los legitimados que no intervinieron personalmente en el proceso colectivo (...).*”

Es sumamente valioso que las sentencias alcanzadas en los procesos colectivos incluyan el deber de información y difusión de sus contenidos, para conocimiento de todos los miembros del grupo. Así al momento de la ejecución de la misma, todos los integrantes del colectivo están instruidos y pueden participar en su cumplimiento.

Sin perjuicio de lo señalado *ut-supra*, entiendo que los efectos de los decisorios en los procesos colectivos, no son *erga omnes*; sino que lo son sólo *inter partes*; precisamente para las partes intervinientes en el proceso o para quienes, aún sin haber intervenido, tengan la posibilidad de acogerse al resultado del mismo. Sin duda, alcanzará a una parte numerosa; pero esto en modo alguno implica que la sentencia tenga derivaciones *“erga omnes”*, como en los casos de aplicación del control de constitucionalidad concentrado, cuyos efectos son; “para todos”, de aquí y en más. En los procesos grupales, los efectos son únicamente “para todos” los integrantes de ese colectivo de personas.

5. LAS ACCIONES DE CLASE.

Las *“class actions”* o acciones de clase, son procesos colectivos de derechos subjetivamente colectivos -o plurindividuales homogéneos- en donde se ventilan pretensiones resarcitorias -daños y perjuicios- fundamentalmente.

Estas acciones, pueden ser definidas como un instrumento procesal, que permite a un determinado sujeto instituirse en representante de un

colectivo de personas afectadas por el menoscabo de un derecho, siempre que se trate de un interés común o general de un número significativo de individuos, de manera tal que se torne impracticable llevar todos los reclamos en forma individual, a los estrados judiciales.

Las acciones por "clase de personas", como las denomina Cueto Rúa⁴⁹, son un típico instituto del *common law*, dado que surgen en Estados Unidos como consecuencia de los problemas acaecidos en las décadas de los años '50 y '60, para poner límites a la discriminación racial y brindar protección jurídica a los ciudadanos de raza negra, asegurando de esta forma sus derechos individuales. Más recientemente, en las décadas de los años '70 y '80 fueron utilizadas para proteger a los consumidores frente a los riesgos originados como consecuencia de la producción industrial masiva, y para cuidar a la población de los agentes contaminantes del medio ambiente.

Owen Fiss⁵⁰ justifica las acciones de clase en razón a los fines sociales que persiguen, pero afirma que *"ello no implica dejar de reconocer que estamos ante una forma no demasiado apropiada de representación"*. Además resultaría un error -aclara el autor- ignorar que se opone a valores individualistas, en tal sentido expresa *"Los valores individualistas que las acciones de clase cuestionan, resultan rasgos persistentes y muy profundos de nuestro derecho, tal vez de todo derecho, y para bien o para mal, siempre van a ejercer una influencia restrictiva en la gran tentación de los reformadores sociales que se encuentran entre nosotros de crear agrupamientos colectivos que sirvan a sus fines"*.

En 1938 se sanciona en los Estados Unidos la Regla 23 de procedimiento de justicia federal, lo que permitió extender el uso de estas acciones de los tribunales de equidad a los de derecho. Sin embargo, esta regla aún no resolvía algunos problemas, como por ejemplo, el caso de los efectos de la sentencia para quienes no integraban la litis.

Con posterioridad, al menos parcialmente se soluciona este conflicto, a través de la actualización de la Regla en 1966.

Si bien en la Regla 23 a) se establecen los requisitos⁵¹ para que proceda

⁴⁹ CUETO RUA, Julio, *La acción por clase de personas*, LL 1988-C, p. 952 y ss.

⁵⁰ FISS, Owen, *La teoría política de las acciones de clase*, (Traducción: Roberto Gargarella), *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Abril de 1996, p.11/12.

⁵¹ Regla 23: (a) *Requisitos para la interposición de una acción por clase de personas. Uno o más miembros de una clase puede demandar o ser demandados como partes representantes, en representación de todos solo si: (1) la clase es tan numerosa que la actuación de todos es impracticable. (2) existen*

la acción de clase; es discrecional para el juez decidir si tienen aptitud o legitimación y responsabilidad, quienes han promovido la demanda. No olvidemos que en muchos casos es una especie de “*automandato*” dado que en general, los miembros de la clase muchas veces jamás han visto ni conocido a su representante.

Del análisis de la Regla 23 surge que en Estados Unidos existen tres tipos de acciones de clase⁵², a saber:

1. La primera categoría; está diseñada para los casos en que el ejercicio individual de las pretensiones en procesos separados pudieran perjudicar, respectivamente, al demandado o a los miembros del grupo. Creando riesgo de; a. Sentencias contradictorias o diferentes, con respecto a miembros individuales que impongan comportamientos incompatibles a la parte opuesta del grupo. b. Sentencias en relación a miembros individuales, que en la práctica sean dispositivas de los intereses de otros miembros no parte, o sustancialmente menoscaben o eliminen la posibilidad de proteger sus intereses.
2. En la segunda categoría; la parte opuesta al grupo ha actuado, o la que en contrario se ha negado a actuar, por motivos imputables al grupo en general, haciendo apropiado un “*final injunctive relief*” -sentencia condenatoria de hacer o de no hacer- o un “*corresponding declaratory relief*” - sentencias meramente declarativas-.

A través de este tipo de acciones no es posible el ejercicio de pretensiones de carácter pecuniario. Sin embargo, son las que más se utilizan en la actualidad, a partir del caso “*Brown v. Board of Education*”⁵³ de 1954. Está dirigida específicamente a la protección de derechos constitucionales “*civil rights*”, cuando se pretende un remedio jurisdiccional de carácter no declarativo o una “*injunction*” a favor de un numeroso -en la mayoría de los casos- e indeterminado número de personas.

3. En la tercera categoría; el tribunal declara que las cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros del grupo, predominan sobre cualquier cuestión que afecte únicamente a miembros individuales, y

cuestiones de hecho y de derecho comunes a la clase. (3) las demandadas o defensas de las partes representadas son típicas de las demandas o defensas de la clase y, (4) las partes representadas protegerán los intereses de la clase justa y adecuadamente.

52 Ampliar de LORENZO, Mateo - BUJOSA Vadell, *El Procedimiento de las Acciones de Grupo (class Actions) en los Estados Unidos de América*, Justicia 94, Número 1, JB, Editor, Barcelona, España, p. 62/120.

53 347 U.S. 483 (1954).

que la acción del grupo siempre es superior a cualquier medio para la solución de la controversia.

En general, se ejercita este tipo de acciones en aquellos casos donde muchas personas han sufrido un pequeño perjuicio económico, que litigando individualmente se pueden sentir menoscabados o intimidados ante un poderoso demandado, en cambio litigando a través de este tipo de acciones se transforman en un demandante igual o más poderoso que el demandado.

El beneficio principal de las acciones de clase se circunscribe, sin duda alguna, a la economía procesal. Justamente, éstas tienden a impedir el dispendio jurisdiccional, toda vez que permiten agrupar situaciones con igual o similar objeto que de otra manera tramitarían en forma separada, afrontando el peligro de arbitrariedad e inseguridad jurídica frente a resoluciones contradictorias.

Como puede observarse, la implementación de esta herramienta procesal trae consigo importantes ventajas, tanto para los actores como también respecto de los demandados. Para los primeros, pueden destacarse las siguientes; a. Robustece la posición procesal y negociadora de los demandantes. En este tipo de acciones el actor individual es generalmente mucho más débil que el demandado, ya sea éste una empresa de seguros en un caso de accidentes masivos, una empresa contaminante o un banco. La acción colectiva al extender el caso a todos los afectados, equilibra las partes en el proceso, algo que se entiende necesario a fin de evitar juegos oportunistas en la negociación, y también para asumir los costos de producción de la prueba. Las acciones individuales muchas veces, tornan imposible los pleitos donde hay varios perjudicados, por pequeños montos y demandados muy poderosos⁵⁴ y; b. Disminuye los costos del proceso. No puede dejar de advertirse que varias acciones individuales sobre un mismo tema, cuyo monto muchas veces es insignificativo, resultan impracticables por los elevados costos procesales que generan. De esta forma, se permite el planteo de acciones de un monto ínfimo, aún cuando requieran de pruebas complejas. Probablemente, si las acciones colectivas no existieran, la mayoría de estos planteos no podrían acceder a la justicia.

En cuanto a los segundos –a los demandados- también este tipo de litigios, les otorga beneficios. Por un lado, centralizan los planteos en un sólo proceso, evitando la multiplicidad de acciones que pueden generar

⁵⁴ SOLA, Juan Vicente, *El caso Halabi y la creación de las acciones colectivas*, LL 2009-B, p. 154.

resultados diferentes e incluso contradictorios. A su vez, permite finalizar en un proceso, en forma definitiva los reclamos, ya que la resolución alcanzará a todos los integrantes de la clase. Por otro lado, reduce los costos procesales, dado que deberá afrontar un sólo litigio en lugar de varios pleitos individuales.

Aunque el derecho argentino no parece haber acogido este instituto, en forma reciente nuestro Máximo Tribunal delimitó el ámbito de procedencia de este tipo de acciones en el fallo *“Halabi”*. Sin perjuicio de haber reconocido la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de una ley que reglamente el efectivo ejercicio de las acciones de clase, sostuvo que el artículo 43 de la Carta Magna resulta plenamente operativo, en consecuencia, es obligatorio para los jueces dotarlo de eficacia.

6. EL FALLO “HALABI”.

Ejerciendo un fuerte activismo judicial, la Corte Suprema en forma pretoriana ha consagrado las denominadas acciones de clase en el mencionado fallo. Retomando el camino iniciado con los casos *“Siri”*⁵⁵ y *“Kot”*⁵⁶ reafirmó el principio según el cual, las garantías existen y protegen a las personas, sólo estando previstas en el texto constitucional, aunque no estén reglamentadas por ley.

Esta sentencia importa un gran avance respecto de la tutela judicial efectiva de derechos constitucionales, en aquellos supuestos en los cuales las acciones individuales, ciertamente, no resultan idóneas, o al menos suficientes, para resguardar la vigencia de los mismos.

Sin embargo, es sólo el primer paso ya que el reconocimiento de este tipo de procesos trae consigo una serie de interrogantes que deberán dilucidarse en un futuro mediato. En efecto, la concreta implementación de este mecanismo puede ocasionar consecuencias desfavorables, en caso de no resguardarse adecuadamente el derecho de defensa de aquellos individuos que integran el colectivo de personas. Por esto, es de vital importancia que el Poder Legislativo sancione la normativa reglamentaria a la mayor brevedad posible, a fin de delimitar los contornos de estas acciones.

⁵⁵ CSJN, Fallos 329:459.

⁵⁶ CSJN, Fallos 241:291.

6.1. LOS HECHOS.

El abogado Ernesto Halabi inició una acción de amparo con la finalidad de obtener la declaración de inconstitucionalidad de la Ley N° 25.873⁵⁷ – conocida como “ley espía”- así como del decreto reglamentario 1563/04⁵⁸. Fundamentó su pretensión en que la normativa impugnada resultaba violatoria de los artículos 18⁵⁹ y 19⁶⁰ de la Constitución Nacional, toda vez que autorizaba la intervención de las comunicaciones telefónicas y por *Internet*, sin que existiera una norma que determinara en qué casos y con qué justificativos, se permiten estas conductas. Señaló que esa intromisión cercenaba el derecho a la privacidad y a la intimidad, en su carácter de usuario, a la vez que violentaba el privilegio de confidencialidad que, como abogado, tenía deber de asegurar en las comunicaciones con sus clientes.

En primera instancia se hizo lugar a la pretensión, declarando la inconstitucionalidad de los artículos 1⁶¹ y 2^o de la mencionada norma y del decreto reglamentario. La Cámara confirmó el fallo, otorgándole a la sentencia efectos *erga omnes*, es decir que lo decidido iba a aprovechar a todos los usuarios que no habían participado en el litigio. Este decisorio,

57 Ley 25.873, publicada en el B.O. del 09/02/2004.

58 Decreto 1563/2004, publicado en el B.O. del 09/11/2004.

59 Constitución Nacional, artículo 18.- “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”.

60 Constitución Nacional, artículo 19.- “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

61 Ley 25.873, artículo 1°.- “Incorpórase el artículo 45 bis a la Ley 19.798 con el siguiente texto: “Todo prestador de servicios de telecomunicaciones deberá disponer de los recursos humanos y tecnológicos necesarios para la captación y derivación de las comunicaciones que transmiten, para su observación remota a requerimiento del Poder Judicial o el Ministerio Público de conformidad con la legislación vigente. Los prestadores de servicios de telecomunicaciones deberán soportar los costos derivados de dicha obligación y dar inmediato cumplimiento a la misma a toda hora y todos los días del año. El Poder Ejecutivo nacional reglamentará las condiciones técnicas y de seguridad que deberán cumplir los prestadores de servicios de telecomunicaciones con relación a la captación y derivación de las comunicaciones para su observación remota por parte del Poder Judicial o el Ministerio Público”.

motiva que la parte demandada –Poder Ejecutivo Nacional- interpusiera recurso extraordinario federal, agravándose principalmente por el carácter *erga omnes* atribuido a la resolución.

6.2. LA SENTENCIA.

El Máximo Tribunal con el voto de la mayoría de sus ministros, compuesta por Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, decidió confirmar el pronunciamiento cuestionado. Por su parte, Fayt, Petracchi y Argibay se expidieron en disidencia parcial.

Para así decidir sostuvo que *“(...) la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos (...) En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño”*. (Considerando 12 del voto de la mayoría). Esta tercera categoría es la que conforma, según la Corte, las acciones de clase.

Si bien el Alto Tribunal reconoció la falta de regulación respecto de las acciones de clase, en consonancia con su reiterada jurisprudencia, sostuvo que esa situación no era óbice para que los jueces arbitren las medidas necesarias a efectos de resguardar derechos constitucionales. Ello en el entendimiento de que las garantías existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias.

Así señala que *“La procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. (...) también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados”*. (Considerando 13 del voto de la mayoría).

Entonces, para que resulten procedentes las acciones de clases deben existir en la causa tres elementos determinantes; 1. El primero de ellos, está constituido por la existencia de un hecho único, que cause una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales. 2. El segundo, consiste en que la pretensión esté concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar. 3. Por último, se exige que el interés individual, considerado en forma aislada, no justifique la promoción de una demanda, de manera tal que se encuentre afectado el acceso a la justicia.

No obstante, estableció que la acción, de todos modos, será procedente cuando se trate de materias tales como el ambiente, el consumo, la salud, o bien, cuando se afecte a grupos que tradicionalmente han sido postergados, es decir, débilmente protegidos. Ello por cuanto, en estos supuestos la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto.

El Tribunal entendió que se encontraban cumplimentados los requisitos de procedencia de las acciones colectivas. Por ello concluyó que la pretensión deducida por el abogado Halabi, podía ser calificada como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva, referente a los intereses individuales homogéneos.

Expresa asimismo, que la pretensión está concentrada en los efectos comunes para toda la clase de sujetos afectados. De un adecuado análisis de la normativa en cuestión se desprende que sus disposiciones alcanzan por igual y sin excepciones a todo el colectivo de personas, que representa la parte actora. Finalmente, entiende que hay una manifiesta restricción del acceso a la justicia, dado que no justifica que cada uno de los posibles afectados de la clase, de sujetos involucrados, promueva una demanda peticionando la inconstitucionalidad de la norma.

Es necesario aclarar que los ministros Petracchi, Argibay y Fayt – en disidencia parcial- no hicieron hincapié en la acción de clase, como justificativo del efecto *erga omnes* que se le adjudica a la sentencia. Es más, Petracchi y Argibay entendieron que resultaba manifiestamente improcedente para satisfacer adecuadamente el reclamo del actor, circunscribir los alcances de la cosa juzgada, solamente a las partes intervinientes en el proceso.

Con un enfoque pragmático afirmaron que, *“al no haber sido invocada por la recurrente razón o argumento alguno acerca de cómo sería posible satisfacer la pretensión del reclamante manteniendo la injerencia a la*

privacidad de terceros ajenos al pleito, pero potenciales interlocutores (...)”, era posible que el derecho a la intimidad y a la vida privada del demandante, fuera vulnerado como consecuencia del registro de las comunicaciones que realizaran terceras personas con el actor. Por otra parte, afirman que al ser descalificado el sistema legal respecto del accionante, su extensión no se limitaba a la línea telefónica o *e-mail* de la cual podía ser titular, sino a cualquier comunicación emitida o recibida de cualquier línea telefónica o de correo vía *Internet* registrada a nombre de un tercero. Es que la sentencia, le atribuía una potestad absoluta para que en los términos de la ley, no se interfiriera en sus derechos a la intimidad y vida privada. Tal circunstancia, y con la finalidad que la sentencia fuera realmente efectiva, sus efectos debían ser *erga omnes*⁶².

En igual sentido, se pronunció Fayt recordando que el accionante había alegado su carácter de ciudadano, lo cual resultaba determinante el alcance de la resolución arribada. No resulta fácticamente viable que los efectos de la sentencia se limiten exclusivamente a las partes, puesto que no existe ninguna posibilidad de excluir al actor de la aplicación de la normativa sin que ello implique que no se deba aplicar la normativa general. Justamente, *“(...) tal afirmación prescinde del carácter indivisible de la materia en discusión. Si bien la “privacidad”, desde cierto punto de vista, puede ser concebida como un bien propio de cada individuo en particular, no se trata en el caso de un reclamo de protección limitado a un cierto espacio físico o a algún aparato de comunicación en particular. Por el contrario, lo que entra en juego es el derecho a la privacidad en el ámbito de las telecomunicaciones. Ello, por definición, presupone la interacción con otros interlocutores, cuya ausencia de protección (por ser ajenos al juicio) derivaría, necesariamente, en el fracaso de la protección al amparista mismo”*. (Considerando 10).

7. CONCLUSIONES.

La sentencia emitida por el Alto Tribunal en el caso en estudio constituye sin duda, un importante avance en materia de procesos colectivos. Sin embargo, aún restan delimitar una buena cantidad de puntos centrales, lo que deberá realizarse por medio de una adecuada reglamentación; es necesario que estos conflictos encuentren definitivamente encause normativo.

La tutela efectiva de derechos colectivos trae consigo la incorporación de los procesos con igual carácter, resultando estos últimos el mecanismo

⁶² BADENI, Gregorio, *El dinamismo tecnológico impone la creatividad judicial para la defensa de los derechos humanos*, LL 2009-B, p. 255.

indispensable para consagrar el valor justicia. Justamente, el acceso igualitario a la justicia garantiza la concreción de los derechos e implica la necesidad de arbitrar las herramientas técnicas necesarias, a través del derecho procesal, para alcanzar una efectiva protección de los mismos.

Los derechos de incidencia colectiva son el punto de inflexión que modifica sustancialmente las figuras procesales tradicionales, poniendo de manifiesto una nueva realidad jurídica basada en el fenómeno de lo colectivo.

En la actualidad, el instituto de los procesos colectivos ha sido reafirmado no sólo en el texto constitucional a partir de la reforma de 1994, sino que ha sido reasegurado en distintas normativas, e incluso por una multiplicidad de precedentes judiciales. Ciertamente la reglamentación de estos derechos no es una tarea sencilla, por el contrario, los obstáculos que se presentan son variados.

Ahora bien, teniendo especialmente en cuenta el arduo trabajo efectuado, por la doctrina y la jurisprudencia tendiente a cubrir las lagunas del ordenamiento procesal en la materia que nos ocupa. Estamos en grado de afirmar que es éste, el momento propicio para que el Poder Legislativo sancione una regulación legal, clara y completa que otorgue un sistema especial para el trámite de este tipo de procesos.

Las características principales de éstos difieren palmariamente de las existentes en los procesos individuales, por lo cual se necesitan mecanismos que resulten eficaces para su implementación. En efecto, la protección de los conflictos colectivos requiere carriles procedimentales superadores del formato clásico del proceso individual.

No obstante lo referenciado *ut-supra*, debe destacarse que a nivel jurisprudencial es doctrina pacífica, que las garantías constitucionales -a efectos de su validez- guardan total independencia de las reglamentaciones ulteriores.

Siguiendo esta línea de razonamiento, actualmente se considera⁶³ que el derecho cumple una función de garantía; la legalidad positiva o formal en el Estado constitucional de derecho, ha cambiado de naturaleza. El modelo garantista, puede ser definido como un sistema de legalidad, al que la doble artificialidad de su “ser” y su “deber ser” le otorga el papel de garantía en relación con el derecho. En virtud de éste, el derecho contemporáneo no programa exclusivamente sus formas de producción

63 FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, España, 2004, p. 19/20.

a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes; sino que además, programa sus contenidos sustanciales, relacionados normativamente con los valores y principios consagrados en sus constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica.

IV
LAS DECISIONES CREATIVAS Y EL MITO DEL
LEGISLADOR NEGATIVO
EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

*Por: Fernando Gama de Miranda Netto**

Doctor en Derecho por la Universidad Gama Filho (UGF). Profesor de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Federal Fluminense en el Estado de Rio de Janeiro (fernandojuris@yahoo.com.br).

SUMARIO:

1. Introducción - 2. Premisa: no hay solo una respuesta correcta en el derecho - 3. Clasificación de las decisiones en el proceso constitucional - 4. Las decisiones creativas - 4.1. Interpretación conforme a la constitución – 4.2. Inconstitucionalidad parcial sin reducción del texto – 4.3. Actuación positiva contra la ineficacia de la constitución – 4.4. Actuación positiva sin limites – 5. Conclusión – 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La idea de que el órgano que fiscaliza la constitucionalidad de las leyes, con el poder exclusivo de declarar la inconstitucionalidad, bajo una posición de legislador negativo se atribuye a HANS KELSEN.¹ Aún que ese autor no abogue por una estricta separación de poderes, sino la distribución de ellos entre los diversos órganos,² no podía concebir que un Tribunal Constitucional podría tener un papel positivo en el ejercicio del control de la constitucionalidad.

Con el advenio de la Ley 9868/99, se han incorporado a nuestro sistema legal algunas técnicas de decisión que ya existían en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal³ y esto permitió la eliminación del mito del legislador negativo. Aquí está el texto del párrafo del art. 28 de la Ley 9868/99:

“A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme à Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário.”

Nuestro objetivo es investigar: a) cómo el STF podría actuar de forma creativa, b) el número de técnicas de decisión que están presentes en el texto legal, c) si existe, además de esas, otras técnicas mencionadas por la doctrina y la jurisprudencia, d) la forma de actuación de las técnicas de decisión.

2. PREMISA: NO HAY SOLO UNA RESPUESTA CORRECTA

Debe tenerse en cuenta, en nuestros tiempos, la crisis del “determinismo legal”, porque la decisión judicial no ha nacido concomitante con la presentación del problema. Siempre hay más de una forma de obtener la decisión.

¹ *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 382: “Um tribunal que é competente para abolir leis – de modo individual ou geral – funciona como legislador negativo”.

² HANS KELSEN, *ob. cit.*, p. 389, sostuvo tener ejercicio de la función legislativa en el caso de una decisión para un caso convertirse en un precedente para casos similares.

³ LÊNIO STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica Jurídica*, p. 476.

En esa línea, queda claro que no existen soluciones previamente estructuradas, como los productos semi-industrializados en una línea de montaje, para los problemas jurídicos.⁴

El más grande positivista, Hans Kelsen,⁵ reconoció la falta de una única solución correcta en la interpretación de la ley. CHAÏM PERELMAN también afirma que nada prova que la decisión, diante de la qual será necessário adotarse, sea efectivamente la única solución justa para el problema.⁶

Entre la frialdad de la letra de la ley y el subjetivismo sin límites de una sola persona, la alternativa que queda es lo *intersubjetivismo*, parte del discurso racional.⁷

En este sentido, critica OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, el paradigma que ha capturado el pensamiento jurídico moderno, es lo que requiere que el operador legal haga la captura del único significado posible de la ley: “Imaginar que o conflito judiciário pueda dar origen a duos ó más soluciones, todas ellas justificables (...) sería ‘medievalizar’ la ‘ciência’ del Derecho, regresando hasta los estágios inferiores de la hermenêutica; y peon aúm, glorificar la tópica e a retórica aristotélicas, como formas de comprensión del fenômeno jurídico.”⁸

EROS GRAU vê cierta analogía entre la interpretación musical y un texto jurídico: “Non hay uma única interpretacion correcta (exata) de la Sexta Sinfonia de Beethoven: la *Pastoral*, regida por Toscanini, con la Sinfônica de Milão, és distinta de la *Pastoral* regida por von Karajan, con la Filarmônica de Berlin. No obstante aún una de ellas sea más romântica, más derramada, y la outra sea más longilínea, las dos são autênticas – y correctas”.⁹

La comprensión de los juicios éticos se vendrá comprometida si tratamos de avanzar hacia las ciencias naturales, ya que ellos no tienen la univocidad de los axiomas matemáticos. Sin embargo, los juicios éticos

4 EROS GRAU, *Ensaio e discurso sobre a aplicação/interpretação do Direito*, p. 26.

5 *Teoria Pura do Direito*, p. 391 y 396.

6 *Lógica Jurídica*, p. 9.

7 *Idem*, p. 114.

8 *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*, p. 115-6.

9 *Ensaio e discurso sobre a aplicação/interpretação do Direito*, p. 29.

están cerca del Derecho y su aplicación.¹⁰ Podría interpretarse la *Lógica Jurídica* como la elección entre varias posibilidades correctas.¹¹

Esto no significa buscar el espíritu de la ley (*voluntas legis*) o lo que el legislador pensó (*voluntas legislatoris*), porque el intérprete, en el examen de un texto, debe dar su sentido.¹² Con efecto, no se puede invocar la intención del legislador del Código Penal de 1940 en el siglo XXI. La propia Constitución contiene un texto a la evolución en términos de su significado, de modo que lo que hoy puede ser contrario a la Constitución puede no ser mañana.¹³

Por otra parte, no se puede permitir que la concretización jurídica sea simplemente la ejecución del texto legal. No sería correcto equiparar el Derecho con la ley.

Sin duda, concebir “la aplicación del Derecho como una actividad puramente mecánica de subsumção do fato à norma jurídica correspondente, implica en admitir que los jueces no pasan de meros fantoches manipulados por un ente supostamente dotado de voluntad própria: la ley”.¹⁴ Por todas esas razones, la doctrina hace una distinción entre el *texto legal* y la *norma jurídica*. Sui embargo, el juez, en la aplicación de la ley no aplica el texto en sí, sino el sentido de que el texto adquiere en la tradición.¹⁵

Puedese ver, entonces, que la norma no debe confundirse con su texto, pero es el producto final de la interpretación del texto. “La interpretación es, por lo tanto, la actividad que se usa para transformar textos – disposiciones,

10 CHAÏM PERELMAN, *Ética e Direito*, p. 293.

11 Assevera ROBERT ALEXÉY, “Sistema Jurídico, Principios Jurídicos e Razón Práctica”, in: *Derecho y Razón Práctica*, p. 23: “una única respuesta correcta para cada caso sólo podría admitirse recurriendo a cinco idealizaciones, a saber: 1) tempo ilimitado, 2) información ilimitada, 3) claridad lingüística caonceptual ilimitada, 4) capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles y 5) carencia de prejuicios ilimitada.” E conclui: “en la realidad no existe ningún procedimiento que permita, com una seguridad intersubjetivamente necesaria, llegar en cada caso a una única respuesta correcta. Esto último no obliga sin embargo a renunciar a la idea de la única respuesta correcta, sino que únicamente da ocasión para determinar su status com más precision” (p. 24). Daí concluir o autor que os participantes do discurso jurídico é que devem erigir suas respectivas pretensões como única resposta correta, significando que esta é uma idéia regulativa.

12 Neste sentido: LÊNIO STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica Jurídica*, p. 461.

13 MAURO CAPPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 123.

14 CELSO RIBEIRO BASTOS, *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, p. 265.

15 LÊNIO STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica Jurídica*, p. 462.

preceptos, enunciados – en normas”.¹⁶ Por lo tanto, puede suceder que un solo texto contiene interpretaciones contradictorias.¹⁷

No es de sorprender, por otra parte, la existencia de normas sin texto expreso, tal como reconoce la presunción de constitucionalidad de las leyes. Se trata de llegar a la conclusión de que no sólo el legislador, sino también el juez desarrolla una actividad creativa.¹⁸

En este sentido, el jurista, cuando interpreta las leyes, hace *prudencia iuris*, no *iuris scientia*, actuando de acuerdo a la “lógica de la preferencia” (motivada), y no según la “lógica de las consecuencias” (ciego). Por otro lado, las razones de las decisiones son un requisito de nuestra Constitución de 1988, que contiene, en su art. 93, IX, mandamiento obligando a los tribunales a motivar sus decisiones.¹⁹

La elección del mejor sentido del texto se somete también al balance de las consecuencias. En efecto, el juez en su decisión, debe tener en cuenta tres etapas: 1) la *cuestión* planteada, 2) la *respuesta normativa* que se debe dar; 3) el *impacto* de su decisión. ²⁰

Hay una gran responsabilidad para la función judicial, que no termina en la sentencia, pero va más adelante: alcanza a las consecuencias. Por lo tanto, hay un reconocimiento de la perspectiva de los consumidores de justicia, no sólo de los productores o bien los operadores de la ley.²¹ La

¹⁶ EROS GRAU, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, p. 17.

¹⁷ La Súmula 400 del STF dice que interpretaciones diferentes de la misma disposición legal pueden ser razonables: “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, III, da CF.” Cf. LÊNIO STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica Jurídica*, p. 509 y ss.

¹⁸ En este sentido: GUSTAVO BINENBOJM, “A Democratização da Jurisdição Constitucional e o contributo da Lei n. 9.868/99”, in: *O Controle de Constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99*, p. 146; CELSO RIBEIRO BASTOS, *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, p. 264; KLAUS STERN, “O juiz e a aplicação do Direito”, in: *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, p. 513, compara el juez que crea el derecho: “em ordenamentos jurídicos baseados mais fortemente nos prejudgados dos tribunais, como, e.g., o dos Estados Unidos da América, a categoria do direito judicial é substancialmente menos controvertida do que nos ordenamentos jurídicos da América do Sul e da Europa (com exceção da Grã-Bretanha), fortemente baseados no Direito instituído”.

¹⁹ Se reconoce que la interpretación puede ser manipulada. En este sentido, el debate actual entre la restrictiva jurisprudencia del STF y el bloque de constitucionalidad, que aumenta la cantidad de normas con status constitucional con sede fuera de la Constitución.

²⁰ MAURO CAPPELLETTI, “Problemas de Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas”, in: *RP-65*, p. 130.

²¹ *Ibidem*.

decisión que ignorar su propio impacto en la sociedad, como la introducción del caos en las calles, con la violencia y la muerte, olvida la dimensión social que existe en el proceso.

Registro que la base misma de las formas modernas de interpretación constitucional se pueden recoger en el principio de economía y de la seguridad jurídica. La idea es que la declaración de inconstitucionalidad de la norma, con la terminación abrupta de la validez de una ley, puede traer un daño irreparable a los tribunales, debido al vacío jurídico creado.²² Se trata de hacer una evaluación: peor que tener una ley injusta es no tener una ley.

Hizo la distinción entre el texto y la norma, así como la pretensión de validez normas diferentes, creadas a partir de la interpretación de un mismo texto, quiero ahora sistematizar las técnicas de decisión de la jurisdicción constitucional.

3. CLASIFICACIÓN DE LAS DECISIONES EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL

Hay múltiples posibilidades en la hermenéutica de las decisiones del proceso constitucional.²³ Es posible enumerar las sentencias declarativas de la Justicia Constitucional clasificándolas en los siguientes términos:

Inconstitucionalidad con simple anulación del texto;

Inconstitucionalidad sin efecto de nulidad;²⁴

Inconstitucionalidad con nulidad diferida;²⁵

Inconstitucionalidad parcial sin reducción del texto (reducción del sentido);²⁶

²² CELSO RIBEIRO BASTOS, *Hermenéutica e Interpretação Constitucional*, p. 268.

²³ Cf. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Hermenéutica e Interpretação Constitucional*, p. 263 y ss. También CLÉMERSON MERLIN CLÉVE, *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito brasileiro*, p. 260 y ss., comenta tais técnicas. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 938 e SS. y 948 e ss. *Hermenéutica e Interpretação Constitucional*, p. 295-6.

²⁴ CELSO RIBEIRO BASTOS, *Hermenéutica e Interpretação Constitucional*, p. 269, recordó que en la primera mitad del siglo XX, el tribunal alemán dejó de declarar la nulidad de una ley que contradice el art. 17 de la Constitución de Weimar, que se hizo cargo de la elección proporcional, debido a la falta de regulación podría causar graves daños al Estado miembro.

²⁵ En la sentencia de inconstitucionalidad con nulidad diferida el riesgo de retraso en vacío normativo que permite el aplazamiento del efecto de la inconstitucionalidad. El primer país en adoptar esta técnica fue Austria en 1920.

²⁶ LÊNIO STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica Jurídica*, p. 479-480.

Inconstitucionalidad con la adición del sentido;²⁷
Inconstitucionalidad con sustitución o modificación del sentido;²⁸
(In)constitucionalidad con la exhortación legisferante;²⁹
Constitucionalidad provisoria;
Constitucionalidad basada en la interpretación conforme;

En nuestra clasificación, hay sentencias llamadas “transitivas” (B,C,G,H), que contienen una determinación para el legislador.³⁰ Las otras sentencias se consideran normativas, pues establecen el sentido del texto. Se puede decir que el juez constitucional peca por exceso en las sentencias normativas, mientras que sufre de timidez en las sentencias transitivas, pero esto debe ocurrir cuando sea necesario. En ambos casos, el juez constitucional como legislador negativo es sólo un mito.³¹

4. LAS DECISIONES CREATIVAS

Se puede acomodar las técnicas de la interpretación conforme a la Constitución y de la Inconstitucionalidad parcial sin reducción del texto en el contexto de las “decisiones interpretativas”, porque son decisiones que se apartan de la concepción que la Corte Constitucional actuaría

27 LÊNIO STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica Jurídica*, p. 465, 476 e 489. En las sentencias aditivas el tribunal adiciona um sentido a lo texto.

Hay una declaración de inconstitucionalidad de la norma por no decir algo, operando una integración analógica o interpretación extensiva, ampliando el alcance de la incidencia del texto en situaciones no contempladas antes. En Italia fue declarada la inconstitucionalidad de una norma, pero solo en la parte que no establece el texto la presencia obligatoria de los abogados en el interrogatorio del acusado. Hubo adición de sentido para siempre tener la presencia de un abogado (JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, “As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo”, in: *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*, p. 168).

28 LÊNIO STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica Jurídica*, p. 466. En las sentencias substitutivas el texto impugnado es modificado o substituído. La Corte declaró la inconstitucionalidad de la norma, ya que proporciona un resultado determinado y no otro, como en el caso de la norma que faculta a la autoridad administrativa para emitir restricción de la libertad, pero la lógica del sistema determina la reserva de jurisdicción.

29 LÊNIO STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica Jurídica*, p. 468. De acuerdo con GILMAR FERREIRA MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 240, en la decisión de “apelo ao legislador”, el tribunal rechaza el recurso de inconstitucionalidad, pero anuncia una posible conversión de la posición constitucional en un estado de inconstitucionalidad, recomendando a la legislatura para regular la materia.

30 En las sentencias transitivas hay una transacción con El principio de la supremacía constitucional. La nulidad es un “instrumento reparador que só pode ser utilizado quando a expulsão da norma da ordem jurídica resultar meio idôneo para a restauração da juridicidade” (JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, “As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo”, in: *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*, p. 173).

31 *Idem*, p. 189-190.

como un legislador negativo.³² Sin embargo, si prefiere aquí llamarlas creativas, pues en toda decisión hay interpretación, hasta misma en la literal. Estas decisiones, sin embargo, difieren entre ellas: mientras que la interpretación conforme establece la norma que pueda ser clasificada como constitucional, Inconstitucionalidad parcial sin reducción del texto afirma que una determinada norma es inconstitucional.

Inicialmente, el Supremo Tribunal Federal ha llegado a equiparar la interpretación conforme a la Constitución con la declaración Inconstitucionalidad parcial sin reducción del texto. Esto presenta algunas dificultades. Cuando el tribunal dice que cierta interpretación está de acuerdo a las disposiciones constitucionales no se indica que todas las otras interpretaciones posibles son inconstitucionales.³³

Curiosamente, la interpretación de tales decisiones causan controversia en el tribunal. Deben ser estimatoria o desestimatoria de la acción directa de inconstitucionalidad?³⁴ No es siempre que estas decisiones son equivalentes, como en Italia y Portugal, donde sólo el fallo estimatorio tiene efecto vinculante. Con efecto, en Brasil, la cuestión adquiere un color especial en razón de la ambivalencia de la *acción declaratória de inconstitucionalidad (ADIn)* y de la *acción declaratória de constitucionalidad (ADC)*, prevista en el art. 24, L. 9.868/99.

4.1. INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

El origen de la interpretación conforme a la Constitución se encuentra en una decisión del Tribunal de Justicia de Baviera, en el 13 de febrero de 1952, pero no hay noticia de que el Tribunal federal suizo ya había hecho uso de esta técnica. JJ GOMES CANOTILHO se refiere a esa técnica como un viejo principio de la jurisprudencia estadounidense, según la cual los jueces deben interpretar la ley en armonía con la Constitución.³⁵

³² “As decisões interpretativas constituem, em ultima ratio, uma espécie de decisões onde há um aditamento explícito de sentido ou uma redução de uma das hipóteses aplicáveis ao texto. Dizendo de outro modo, as decisões assim denominadas interpretativas surgem no interior de um processo hermenêutico-corretivo do texto normativo, agregando-se aceções muitas vezes aquém ou além do explicitado ou querido pelo legislador” (idem, p. 480).

³³ GILMAR FERREIRA MENDES, *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*, p. 54.

³⁴ Cf. CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito brasileiro*, p. 264 y ss.

³⁵ LÊNIO STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica Jurídica*, p. 481.

A través de esa técnica, y a pretexto de *salvar* la constitucionalidad de la ley impugnada, el juez atribuyó un sentido al texto que es consistente con las normas constitucionales. Con efecto, esta interpretación exige del juez una posición activa y creativa.³⁶

Entre los diversos significados posibles que el operador puede atribuir al texto, debe preferirse la interpretación en conformidad con las disposiciones constitucionales. Eso no es más que la aplicación del principio de supremacía de la Constitución con la idea que sólo como último recurso la norma debe ser declarada inconstitucional.³⁷

Hay uso de la técnica de interpretación conforme a la Constitución como en el caso de la polisemia del significado de un acto legislativo. Se entiende que una norma no debe ser declarada inconstitucional, si ella puede ser interpretada de conformidad con la Constitución.³⁸ Pero esa técnica no puede ir más allá de los límites del texto, ni contra los objetivos del acto legislativo, por lo que no hay base para salvar la ley cuando todos sus sentidos son contra la Constitución.³⁹

4.2 – INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL SIN REDUCCIÓN DEL TEXTO

La declaración de inconstitucionalidad parcial sin reducción del texto significa una técnica para neutralizar una violación de la Constitución, declarando que una norma particular es inconstitucional. Eso muestra que la distinción entre el texto y la norma es muy útil. El texto no se cambia, se mantiene intacto, pero se excluye cierta interpretación del texto, porque es incompatible con la Constitución.

Por ejemplo, si en la interpretación de la legislación fiscal, se identifica una normal (sentido posible del texto interpretado) que autoriza el cobro de tributos en el año pretérito, esa puede ser declarada inconstitucional, sin reducir el texto. También será inconstitucional la norma que permita afectar el acto jurídico perfecto, los derechos adquiridos y la cosa juzgada.

³⁶ LÊNIO STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica Jurídica*, p. 482.

³⁷ CELSO RIBEIRO BASTOS, *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, p. 271.

³⁸ J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 950.

³⁹ *Idem*, p. 1295-6.

4.3 – ACTUACIÓN POSITIVA CONTRA LA INEFICACIA DE LA CONSTITUCIÓN

El Supremo Tribunal Federal ha garantizado el derecho de huelga (art. 37, VII de la Constitución brasileña de 1988), en los casos presentados por los sindicatos de los servidores públicos.⁴⁰ En este caso, la imposibilidad de ejercer un derecho fundamental por ausencia de regulación es lo que hay motivado y legitimado el activismo judicial, determinando la aplicación por analogía de los dispositivos de la Ley n 7.783/89 (Ley de huelga en el sector privado).

No queda duda de que si el Supremo Tribunal Federal mantener una postura de autocontrol (*self restraint*), ello no podría decidir adecuadamente en muchos casos en los que sus decisiones no sólo son legítimas, pero muy importante para la realización de los derechos fundamentales.⁴¹

4.4 – ACTUACIÓN POSITIVA SIN LIMITES

Si, por un lado, el Ejecutivo ha sido criticado en varias ocasiones por cuestión incontrolada de las medidas provisionales, porque actúa como un legislador, por otra parte, hoy es el Supremo Tribunal Federal que se hay convertido en el objeto de insatisfacción entre los otros Poderes. En efecto, el Poder Judicial en la actualidad regular situaciones jurídicas complejas que, en principio, deberían ser discutidas en el Parlamento.

En el caso de la fidelidad partidaria, fue el caso presentado por los partidos políticos exigiendo la declaración de caducidad del mandato de los diputados que han cambiado de partido después de la elección. Aunque la pena no estaba prevista en el art. 55 de la Constitución de 1988 y ni en el art. 240 del Reglamento Interior de la Cámara de Diputados, haciendo suya la respuesta del Tribunal Superior Electoral de la Consulta n. 1.398/DF, el Supremo Tribunal Federal decidió por mayoría que la fidelidad partidaria debe ser observada, ignorando el principio de legalidad (no hay pena sin una imposición legal anterior).

En el caso de la creación del municipio de Luis Eduardo Magalhães, a través de la ley del estado de Bahía, a pesar de la falta de ley complementaria para regular la creación de municipios - como lo exige el art. 18, § 4 de la Constitución brasileña de 1988 y de la violación de dos

⁴⁰ *Mandado de Injunção n. 670, 708 y 712.*

⁴¹ ANDRÉ RAMOS TAVARES, "Por uma Justiça Constitucional Substantiva", in: *Constituição e Efetividade Constitucional*, p. 16.

normas constitucionales: la consulta popular de las áreas relacionadas de estudio y difusión del desmembramiento (que debe ocurrir antes de la consulta), el Supremo Tribunal Federal toleró la inconstitucionalidad sin declarar la nulidad de la ley.

Por último, en la ADI 3510-0, que versó sobre el art. 5 de la Ley n 11.105/2005 (Ley de Bioseguridad), aunque sin éxito, algunos ministros querían ampliar los requisitos legales (permitir el uso de embriones para obtener células-madre, pero sin la destrucción de las mismas) con el argumento de la necesidad de proteger el derecho a la vida. En el juicio, se declaró la constitucionalidad de la ley, pero sin la ampliación de los requisitos de la ley, porque en la práctica significaría la imposibilidad de la investigación, según la mayoría de los científicos, o que impediría el ejercicio de otros derechos fundamentales.

Así que parece que la defensa de los derechos fundamentales no deben impedir la función positiva de la Corte Constitucional, pero los requisitos legales, constitucionales y de otra índole en otros derechos fundamentales no pueden ser pasados por alto en nombre de las acciones positivas, para que el poder judicial no si quede sin control.

5. CONCLUSIÓN

Por todo lo anterior, queda claro que el STF puede actuar creativamente. La figura del legislador negativo es solamente un mito.

Hay en el párrafo único del art. 28 de la Ley 9.868/99 dos técnicas de decisión: la interpretación conforme a la Constitución y la Inconstitucionalidad parcial sin reducción del texto. Se reconoce que el texto de la cita era demasiado lacunoso para enunciar las técnicas modernas de la decisión: a) Inconstitucionalidad sin efecto de nulidad; b) *Inconstitucionalidad con nulidad diferida*; c) Inconstitucionalidad con la adición del sentido; d) Inconstitucionalidad con sustitución o modificación del sentido; e) (In)constitucionalidad con la exhortación legisferante; f) Constitucionalidad provisoria.

El activismo judicial se debe hacer en la defensa de los derechos fundamentales, pero la legalidad, las disposiciones constitucionales y los otros derechos fundamentales en colisión no pueden ser pasados por alto en nombre de las acciones positivas. Caso contrario, el poder judicial no cumple con su papel de Guardián de la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. “Sistema Jurídico, Principios Jurídicos e Razón Práctica”, *in: Derecho y Razón Práctica*, trad.:Manuel Atienza, México: Fontamara, reimpressão, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, 3ª ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. “A Democratização da Jurisdição Constitucional e o contributo da Lei n. 9.868/99”, *in: O Controle de Constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99*, org.: Daniel Sarmento, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. “Problemas de Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas”, *in: Revista de Processo*, janeiro-março de 1992, vol. 65.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a aplicação/interpretação do Direito*, São Paulo: Malheiros, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 6ª ed., 2ª tiragem, trad.: João Baptista Machado, 1999.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 3ª ed., 2ª tir., trad.: Luis Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle de Constitucionalidade*, São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alveo e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

_____. *Jurisdição Constitucional*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*, São Paulo: Atlas, 2002.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*, trad.: Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *Lógica Jurídica*, trad.: Maria Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. “As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo”, in: *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STERN, Klaus. “O juiz e a aplicação do Direito”, in: *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, org.: Eros Grau e Willis Santiago Guerra Filho, São Paulo: Malheiros, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, André Ramos. “Por uma Justiça Constitucional Substantiva”, in: *Constituição e Efetividade Constitucional*, coord.: George Salomão Leite e Glauco Salomão Leite, Salvador: Ed. Podium, 2008.

V

LA DOBLE INSTANCIA EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL VENEZOLANO

Por Gonzalo Pérez Salazar

Coordinador y profesor de la Especialización en Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Monteávila. Profesor de postgrado en la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela. Profesor de Contencioso Administrativo en la Universidad José María Vargas. Director del Instituto Venezolano de Derecho Procesal Constitucional.

SUMARIO

1. Aproximación terminológica, 1.1. Definición, 1.2. Constitucionalización de la doble instancia, 1.3. Consecuencias de la constitucionalización de la doble instancia, 1.4. Posición de la Sala Constitucional, 2. Configuración de la segunda instancia en el sistema de control constitucional venezolano, 2.1. Recursos contra los autos del Juzgado de Sustanciación, 2.2. La apelación en el amparo constitucional, 2.3 Consulta en habeas corpus, 2.4 Revisión de las sentencias, 2.5 De las apelaciones en las demandas de protección de derechos, 2.6 intereses colectivos y difusos, 2.7. De las apelaciones en el habeas data

El objetivo del presente trabajo es desarrollar algunas inquietudes que durante algún tiempo me han surgido en torno al tema de cómo cohesionar la doble instancia en un sistema como el venezolano, en el cual los procesos constitucionales mayormente se desarrollan en única instancia ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, pero además todos los jueces tienen el deber de interpretar, aplicar preferentemente la Constitución y proteger los derechos fundamentales. No pretendo resolverlas todas, pero sí abonar el camino para que otros quizás lo hagan.

Para lograrlo comenzaré por proponer una definición de lo que considero es la doble instancia, los elementos que la conforman y su incidencia en el proceso. Seguidamente, analizaré cuáles son los procesos constitucionales que en Venezuela se tramitan en dos instancias y concluiré en una descripción de los mismos a la luz de la recién promulgada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia¹, de otras leyes especiales y de la jurisprudencia.

¹ Promulgada originalmente en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.991 del 29 de julio de 2010, y reimpressa por "error material" en Gaceta Oficial N° 39.483 del 9 de agosto de 2010 y N° 39.522 del 1° de octubre de 2010.

1. APROXIMACIÓN TERMINOLÓGICA

1.1 DEFINICIÓN

Entiendo por doble instancia la garantía del justiciable de que la sentencia que lo perjudicó sea revisada por un tribunal jerárquicamente superior, con la finalidad de corregir los errores del juzgador y lograr un fallo justo, en los procesos penales donde se declare una condena o aquellos permitidos por el legislador.

He propuesto una definición de la segunda instancia, procurando resaltar algunos elementos que considero indispensables para poder comprender con exactitud el alcance de la misma, a saber:

1.1.1.- Garantía del derecho a recurrir

En primer lugar, considero que la doble instancia no es un derecho fundamental, a pesar de estar establecido en la Constitución en su artículo 49, numeral 1, pues el propio constituyente delegó en el legislador la posibilidad de permitirlo y reglarlo, claro está, en aquellas materias distintas a la penal donde exista condena. Considero además, que es una garantía del derecho a recurrir, pues así lo califica expresamente el referido artículo 49.1 constitucional.

Nótese que me aparto de la concepción de aquellos que consideran que la doble instancia forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. En tal sentido, la doble instancia tiene dos elementos trascendentales: i) el psicológico que propugna la corrección de aquellos errores en los que incurre el juez como ser humano, generando la sensación de confianza ante la revisión de una sentencia que ha causado algún perjuicio y, ii) el de justicia, donde se contraponen en gran medida el derecho del justiciable de obtener un fallo oportuno, por un tribunal competente, predeterminado, dentro de los lapsos previstos y siguiendo el cauce normal del proceso, con el derecho a recurrir de ese fallo y lograr uno lo más apegado a la verdad material posible.

Gozaíni al analizar el tema lo hace desde dos perspectivas, en la primera sostiene que parte de la doctrina ha vinculado a la doble instancia con la noción de debido proceso a la que según el autor pertenece, para impedir con ello su exclusión o *“inapelabilidad en los procedimientos de única instancia por la materia o la cuantía”*, debiendo prevalecer la doble instancia frente a la economía procesal, para propender con ello a la justicia material *“permitiendo que un funcionario jurisdiccional, en un grado de conocimiento diferente al que profirió la providencia, realice los controles que permitan detectar errores judiciales a fin de enmendarlos”*. Califica al recurso como una garantía individual de la parte, vinculada al gravamen que la sentencia cause como condición de su exigibilidad.² Desde otra perspectiva sostiene que la doble instancia puede analizarse como una garantía del proceso, *“una suerte de potestad judicial para evitar el error, o disminuir a través de la revisión por el superior, la posibilidad de que la sentencia contenga vicios de hecho o de derecho que perjudiquen su eficacia intrínseca”*³. En este punto destaca la desconfianza con que es vista la actuación de los jueces que juzgan individualmente en primera instancia y la disminución que produce la revisión de ese fallo por un órgano colegiado superior. El juzgar en única instancia y con jueces individuales incidiría al restringir las impugnaciones y la denegación de recursos a situaciones de menor cuantía o que no causen gravamen alguno. En ese orden de ideas, afirma de manera categórica que *“la doble instancia no es un requisito de la defensa en juicio en ningún tipo de proceso, siempre y cuando la etapa previa se haya sustanciado adecuadamente y, en su caso, favorecida por el principio pro actione, según el cual el sistema avanza en función del deber de rapidez y eficacia que el debido proceso propicia”*⁴.

Otro sector de la doctrina ha asimilado la doble instancia con el derecho a recurrir, dentro del que se encuentra Joan Picó, para quien el derecho a recurrir comprende *“que el órgano jurisdiccional que revise el proceso se pronuncie tras oír a las partes contradictoriamente, sin que pueda justificarse una resolución judicial inaudita parte más que en los casos de incomparecencia por voluntad expresa o tácita o negligencia imputable a la parte”*⁵. Para este autor, al comentar la doctrina del Tribunal Constitucional español, sostiene que *“el principio pro actione sólo es de aplicación en el acceso a la jurisdicción y no cuando se trate de acceder a ulteriores recursos jurisdiccionales”*.

2 Oswaldo Alfredo Gozaíni; *Derecho Procesal Constitucional. El Debido Proceso*; Rubinzal-Cuzioni Editores; Buenos Aires. Pág- 459-461.

3 Oswaldo Gozaíni, *op cit*; pág 460.

4 Oswaldo Gozaíni, *op cit*; pág 461.

5 Joan I. Picó; *Las Garantías Constitucionales del Proceso*; Bosch Editor; Barcelona; 3ª Edición; 2002. Pág. 81.

En definitiva, comparto la evidente confrontación entre el derecho de los justiciables a recurrir un fallo que los perjudicó, con el derecho a obtener un fallo justo y oportuno. Deben contrastarse, por tanto, la necesidad de corregir esos posibles errores del juez al decidir y con ello procurar un fallo lo más cercano a la verdad material por parte de un juez superior, con la celeridad con que todo justiciable desea se administre justicia, la cual se ve afectada por el uso indiscriminado de los recursos por abogados inescrupulosos que colapsan con su actuar el sistema de justicia. Me inclino por la primera de las opciones, esto es, propender a la obtención de un fallo justo, lo cual no es más que poner en práctica un valor esencial del Estado venezolano cuando la Constitución en su artículo 2, lo define como un estado social, de derecho y de justicia.⁶

1.1.2.- Desde el punto de vista subjetivo

He optado por utilizar la expresión de **justiciable**, para referirme a los sujetos legitimados a intervenir en segunda instancia o ejercer los recursos respectivos. Considero que utilizar la expresión de **ciudadano** podría ser considerada correcta si aludimos con ella a una persona natural, pero estaríamos dejando abierta la posibilidad para que se limite el acceso al recurso y a la segunda instancia a las figuras jurídicas o entes públicos, en sus distintas modalidades. He preferido además, referirme a justiciable y no a **persona**, para darle preponderancia al tema de la legitimación para recurrir, pues persona somos todos, pero justiciable, solo aquellos capaces de enfrentar un juicio e intervenir en él. Tampoco he utilizado el término de **parte**, pues con ello estaría dejando a un lado a los terceros, víctimas, Ministerio Público, Defensoría del Pueblo, etc, quienes, dependiendo de la naturaleza del proceso pueden ejercer el derecho a recurrir e intervenir en segunda instancia.

Me aparto, en cierto modo, de la definición que propone Gozaíni, quien entiende por doble instancia como *“un derecho del imputado a impugnar la sentencia que lo declara culpable en un proceso penal, de manera que la garantía no se extiende, objetivamente, a otros justiciables ni a otros niveles jurisdiccionales”*⁷. Tal posición la adopto, luego de analizar el proceso penal venezolano, en el cual no necesariamente el derecho a

⁶ El maestro Jesús González Pérez; *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*; 3ª edición; Civitas; 2001; pág. 304. Ha puesto de relieve esa confrontación, cuando sostiene: “Los recursos y la multiplicación de las instancias se han considerado más que como garantía del justiciable como instrumentos para prolongar los procesos varios años, en detrimento de la efectividad de la sentencia. Lo que se ha traducido en una tendencia a limitar las instancias”.

⁷ Oswaldo Alfredo Gozaíni; *op cit*; pág 485.

recurrir y la intervención en segunda instancia está limitada al imputado o a la persona declarada culpable, pues se le permite al querellante, a la víctima o al Ministerio Público tal posibilidad.

1.1.3.- Desde el punto de vista de los efectos

Con la utilización del término **perjuicio** he dado preponderancia a los efectos que sobre el justiciable produjo el fallo que pretende recurrir. Con ello admito que no todo justiciable puede recurrir de un fallo, sino solamente aquellos sobre los cuales haya recaído algún efecto perjudicial, es decir, que tengan interés en que sea revisado, bien por no haber sido concedido todo lo pedido, por haber sido condenado, rechazada la pretensión, impedido su acceso o causado un gravamen irreparable, entre otros supuestos que dependerán de la naturaleza del proceso⁸.

1.1.4.- Desde el punto de vista orgánico

Comprende un órgano judicial predeterminado, competente y jerárquicamente superior a la que dictó la sentencia que se revisa. Este elemento debe ser aplicado bajo la óptica del derecho a ser juzgado por el juez natural, como en efecto regula el numeral 4 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Es menester advertir que al referirme en este elemento a un órgano judicial estoy dejando fuera a los procesos arbitrales y a los procedimientos administrativos, limitando el objeto de estudio a aquellos desarrollados en sede judicial, ello a pesar de que el artículo 49 constitucional extiende las garantías del debido proceso a los procedimientos judiciales y administrativos y de consagrar en su artículo 258 al arbitraje como un mecanismo de resolución alternativo de controversias.

En Venezuela, la primera y segunda instancia en materia civil, mercantil, tránsito, trabajo y marítima se ha confiado a un solo juez, quien tiene la responsabilidad de juzgar los hechos y aplicar el derecho, convirtiéndose en una carga muy pesada para los hombros de una sola persona, más

⁸ Por ejemplo, el artículo 436 del Código Orgánica Procesal Penal limita a las partes el derecho a recurrir de las "decisiones judiciales que le sean desfavorables". El artículo 488 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en su parte in fine, establece que: "Las partes podrán apelar, siempre que no se hubiere concedido todo cuanto hubieren pedido (...)". El artículo 297 del Código de Procedimiento Civil, prevé: "No podrá apelar de ninguna providencia o sentencia la parte a quien en ella se hubiere concedido todo cuanto hubiere pedido; pero, fuera de este caso, tendrán derecho de apelar de la sentencia definitiva, no sólo las partes, sino todo aquel que, por tener interés inmediato en lo que sea objeto o materia del juicio, resulte perjudicado por la decisión, bien porque pueda hacerse ejecutoria contra él mismo, bien porque haga nugatorio su derecho, lo menoscabe o desmejore".

aun cuando actúa en alzada. En materia contencioso administrativa, contencioso tributaria, penal, del niño y del adolescente se deja en manos de un solo juez la primera instancia y la alzada la conforma un tribunal colegiado, lo cual garantiza en mi criterio que esos posibles errores en que incurre todo ser humano al juzgar sean revisados por varios jueces, quienes luego de un proceso de deliberación propio de los órganos colegiados tienen que llegar a un consenso para producir ese fallo que garantice un mayor apego a la verdad material y perfeccione lo decidido en esa instancia inferior.

Por lo que respecta a los procesos constitucionales, la situación es más compleja, pues atiende a la naturaleza del sistema de control de la constitucionalidad en Venezuela, que por sus características propias integra a todos los jueces de la República y a la Sala Constitucional. Así, como veremos más adelante, la mayoría de los procesos constitucionales se desarrollan en única instancia ante la Sala Constitucional, pero otros pueden ser conocidos por cualquier juez de la República y dependiendo del proceso constitucional puede conocer en alzada la propia Sala Constitucional u otro juez de instancia competente por la materia y territorio.

1.1.5.- Desde el punto de vista material

Entiendo que la doble instancia es una garantía del derecho a recurrir, que se materializa en aquellos procesos penales donde exista condenatoria o en los procesos en los que el legislador así lo permita. Esa es quizás la conclusión más clara a la que se puede llegar luego de interpretar la norma contenida en el numeral 1 del artículo 49 constitucional, conjuntamente con disposiciones contenidas en diversos tratados internacionales validamente suscritos por Venezuela. Sin embargo, como veremos la jurisprudencia ha considerado, de forma contradictoria y desacertada, que la doble instancia debe ser garantizada en todos los procesos, independientemente de su naturaleza.

1.2. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA DOBLE INSTANCIA

La Constitución en su artículo 49, al desarrollar las garantías del debido proceso, consagra la doble instancia, en los siguientes términos:

“Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene

*derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. **Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley** (.....)". Resaltado mío.*

La doble instancia ha sido prevista en pactos internacionales válidamente suscritos por Venezuela y constitucionalizada por mandato del artículo 23 del texto fundamental⁹. En tal sentido el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, establece:

"(...) toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidas a un Tribunal superior, y conforme a lo prescrito por la ley"¹⁰.

En estricta consonancia con lo anterior, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8.2.h, prevé:

"2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras que no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, , en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas (.....)

H) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior"¹¹.

1.3. CONSECUENCIAS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA DOBLE INSTANCIA

1.3.1 Una vez prevista no se puede desconocer

Para ser coherente con lo que he dicho a lo largo del presente trabajo, debo reiterar que la garantía admite limitaciones (salvo en los procesos

⁹ Artículo 23. "Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público".

¹⁰ Ratificada por Venezuela según Ley Aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 2.146 del 28 de enero de 1978.

¹¹ Ratificada por Venezuela según Ley Aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial N° 31.256 del 14 de junio de 1977.

penales donde exista condena) tal como expresamente reconoce la Constitución en su artículo 49, numeral 1, al dejar en manos del legislador su tratamiento, pero, aquí me refiero al hecho de que una vez el legislador permita la posibilidad de recurrir del fallo, no puede ser restringido en modo alguno.

Es menester traer a colación el criterio del Tribunal Constitucional español cuando de forma reiterada ha sostenido que el artículo 24.1 de la Constitución Española no consagra el derecho a la doble instancia para todos los procesos, sino al proceso penal, por lo que remite al legislador su configuración y formalidades. Ahora bien, ello no quiere decir que constitucionalmente no esté previsto el derecho a la doble instancia, por el contrario, tal como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional español una vez que el legislador diseñó el sistema de recursos en cada proceso individualizado, *“el derecho a su utilización pasa a formar parte del contenido de la tutela judicial efectiva”*¹².

1.3.2.. Solo puede ser limitado por el legislador:

En el único caso en que no puede ser limitada la doble instancia es en los procesos penales donde exista condena o como nos enseña Carlos Camps *“las garantías judiciales son de observancia obligatoria en todo proceso en el que la libertad personal de un individuo esté en juego”*¹³. Con ello reconozco que existen casos en los que el legislador ha limitado el derecho a recurrir y con ello no se ha violado la garantía de la doble instancia¹⁴.

En definitiva, al ser una garantía en el proceso penal donde exista declaratoria de culpabilidad, el legislador puede –en otros procesos- eliminar el recurso de apelación o reducir el modo de recurribilidad de las resoluciones del proceso (bien por la cuantía o por los efectos) sin que por ello se traduzca

12 Joan Picó I Junio; *op cit*; pág. 81.

13 Carlos I. Camps; *Hacia una Moderna Segunda Instancia. En Acceso al Derecho Procesal Civil*; Tomo I; Librería Editorial Platense; 2007; pág. 312.

14 Por ejemplo, lo contenido en el artículo 881 del Código de Procedimiento Civil, que en el juicio breve prevé: *“De la sentencia se oírá apelación en ambos efectos si está se propone dentro de los tres días siguientes y la cuantía del asunto fuere mayor de cinco mil bolívares”*. El artículo 35 de la Ley de Arrendamiento Inmobiliarios: *“La negativa a la admisión de la reconvencción no tendrá apelación (...)”*. El artículo 28 de la Ley de Abogados: *“(...) las decisiones sobre retasa son inapelables”*. El artículo 278 del Código Orgánico Tributario: *“(...) Cuando se trate de la determinación de tributos o de la aplicación de sanciones pecuniarias, este recurso procederá sólo cuando la cuantía de la causa exceda de cien unidades tributarias (100 UT) para las personas naturales y de quinientas unidades tributarias (500 UT) para las personas jurídicas.”*. Mas recientemente, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en su artículo 86, limitó la cuantía para conocer de los recursos de casación a más de tres mil unidades tributarias (ut. 3.000,00). Entre otras leyes.

necesariamente en violación del derecho a recurrir. Claro está, el legislador puede consagrar el derecho a recurrir el fallo y a la vez limitar su ejercicio de tal manera que haga nugatorio ese derecho. Me explico, ese sería el ejemplo en que la ley permita ejercer el recurso de apelación, pero lo limite a un solo día después de dictado el fallo a recurrir. En ese ejemplo, la norma inconstitucional sería la que consagra el plazo para ejercer el recurso, pues no se dispone de tiempo suficiente para ejercerlo.

Quiero ser enfático al afirmar que sólo por ley puede limitarse la doble instancia por tratarse de una garantía del derecho a recurrir. Lo anterior es resultado del evidente contenido procesal de la doble instancia, al estar enmarcada dentro de las normas constitucionales que desarrollan el debido proceso, cuya consecuencia es que su tratamiento está sometido a la reserva legal en materia de procedimiento aludida expresamente en el numeral 32 del artículo 156 de la Constitución.

Particular referencia debo hacer de una reciente Resolución emanada de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, por la cual se modificaron las competencias para conocer de los causas seguidas ante los Juzgados de en materia civil, mercantil y del tránsito. Así, en la Resolución N° 2009-006, del 18 de marzo de 2009, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.152 del 2 de marzo de 2009, se estableció en su artículo 2, lo siguiente:

“Se tramitarán por el procedimiento breve las causas a que se refiere el artículo 881 del Código de Procedimiento Civil y cualquier otra que se someta a esta procedimiento, cuya cuantía no exceda de mil quinientas unidades tributarias (1.500,00 ut); asimismo, las cuantías que aparecen en los artículos 882 y 891 del mismo Código de Procedimiento Civil, respecto al procedimiento breve, expresadas en bolívares, se fijan en quinientas unidades tributarias (500,00 ut)”.

A primera vista pareciera que su implantación no contraría derecho alguno, pero luego de un análisis detenido se evidencia todo lo contrario, pues viola la reserva legal cuando establece por vía de acto sublegal la cuantía para los juicios breves. La violación se presenta cuando se lee en el artículo 881 del Código de Procedimiento Civil, que *“De la sentencia se oirá apelación en ambos efectos si está se propone dentro de los tres días siguientes y la cuantía del asunto fuere mayor de cinco mil bolívares **sólo admite apelación cuando exceda de la cuantía allí establecida**”*, y en la Resolución se eleva *contra legem* tal cuantía de cinco mil bolívares (5.000,00 Bs.) a quinientas unidades tributarias (ut. 500,00), traduciéndose en la inapelabilidad de esas decisiones que si no existiese ese acto sublegal serían apelables.

1.3.3.- Es de aplicación inmediata en los procesos penales, aun cuando no lo haya previsto el legislador:

La garantía a la doble instancia se erige como de obligatoria observancia y previsión por parte del Estado, quien debe hacer todo lo posible por que se desarrolle e integre al derecho positivo. No obstante, para aquellos casos en los que no exista previsión expresa de la doble instancia, la misma es de aplicación inmediata en aquellos procesos penales donde exista condena, sin poder excusar su cumplimiento en el mal entendido carácter programático de la norma constitucional.

1.3.4.- Es disponible únicamente cuando se está dentro del proceso y no antes del mismo

Debe partirse de la idea de que el justiciable esté dentro del proceso para poder decidir si ejerce o no los recursos que la ley consagra, por lo que toda renuncia anticipada, aun por vía convencional, será nula por nugar una garantía sobre la cual no existe siquiera una expectativa.

Por supuesto que esta consecuencia dependerá de la disponibilidad del derecho en litigio de la parte que quiera renunciar a ejercer el recurso que corresponda o desista del ya ejercido. Dependerá, además, de la naturaleza objetiva o subjetiva del proceso, y si rige o no el principio dispositivo o inquisitivo. Por ejemplo, en la acción de amparo constitucional el artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, permite el desistimiento de la acción, salvo *“que se trate de un derecho de eminente orden público o que pueda afectar las buenas costumbres”*, siendo castigado el desistimiento malicioso con una multa. Otro ejemplo que resulta pertinente traer a colación es el proceso de nulidad de oficio preceptuado en el artículo 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que a la letra, dispone: *“(...) cuando se declare la conformidad a derecho de la desaplicación por control difuso, la Sala Constitucional podrá ordenar el inicio del procedimiento de nulidad que dispone esta Ley. Igualmente procederá cuando el control difuso de la constitucionalidad sea ejercido por dicha Sala”*.

1.3.5. Se entiende satisfecha la garantía a la doble instancia cuando la condena provenga del tribunal de segunda instancia o de última instancia

Ello, a pesar de que resten los recursos extraordinarios como el de casación o revisión, pues estos en modo alguno pueden crear una tercera instancia reservada al juez de mérito de la causa¹⁵.

¹⁵ Por ejemplo el artículo 468 del Código Orgánico Procesal Penal establece que *“Si se ordena la apertura de u nuevo proceso en contra de un acusado o acusada que haya sido absuelto por la sentencia*

1.4 POSICIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL:

En este punto me referiré a dos decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia donde se planteó la inconstitucionalidad de sendas disposiciones legales que limitaban el derecho a recurrir y en las cuales se analizó la doble instancia desde el punto de vista constitucional.

1.4.1 Sentencia Nº 88 del 14 de marzo de 2000

En una de las primeras sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, conocida como caso ELECENRO, desaplicó en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad consagrado en el artículo 334 del Texto Fundamental, el último aparte, primer párrafo, del artículo 185 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que limitaba el ejercicio del recurso de apelación contra algunas sentencias dictadas por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa.

En la predicha sentencia, la Sala Constitucional comenzó por afirmar que el derecho a recurrir formaba parte del derecho a la defensa y, que este último, a su vez, formaba parte del derecho a la justicia, partiendo de un análisis concatenado de los artículos 2 y 49, numeral 1 de la Constitución. Seguidamente, la sentencia reconoce la posibilidad de que por vía excepcional se pueda limitar el derecho a recurrir. La sentencia reconoce la preeminencia de los derechos humanos, la constitucionalización de los tratados válidamente suscritos por Venezuela sobre esa materia y la obligación del Estado de aplicarlos inmediatamente en el orden interno, aludiendo específicamente a artículo 8, numerales 1 y 2 (literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Es menester resaltar el análisis que condujo a la Sala Constitucional a desaplicar por inconstitucional la norma que limitaba el derecho a recurrir de algunas decisiones de un órgano jurisdiccional contencioso administrativa, como lo es la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa, que tiene atribuidas importantes competencias en esa materia, tales como la financiera, bursátil, precompetencia, expropiación, funcional, entre otras, pues, integró al orden interno el tratamiento que los tratados internacionales hacen sobre la doble instancia y le dio preeminencia sobre la consagración constitucional de esa garantía, ante la supuesta violación del derecho a la igualdad entre aquellos justiciables sometidos a procesos penales donde hayan sido condenados y los demás que intervengan en otros procesos, a los cuales, a decir, de la sentencia, se les limita de plano

de primera instancia, y obtiene una sentencia absolutoria, en contra de ésta no será admisible recurso alguno”.

el derecho a recurrir y por vía extensiva al derecho a la defensa y a la justicia. En el fallo se lee, lo siguiente:

*“Puesta en relación esta norma con la disposición prevista en el artículo 49, numeral 1, de la Constitución de la República, en la cual el derecho a recurrir del fallo se atribuye únicamente a la persona declarada culpable, y se autoriza el establecimiento de excepciones al citado derecho, cabe interpretar que la norma de la convención es más favorable al goce y ejercicio del citado derecho, puesto que consagra el derecho de toda persona a ser oída, no sólo en la sustanciación de cualquier acusación penal, **sino también en la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; establece el derecho a recurrir del fallo, sin excepción alguna; le atribuye la naturaleza de garantía mínima; otorga su titularidad a toda persona, con independencia de su condición en el proceso; y establece que el titular del citado derecho ha de ser tratado bajo el principio de igualdad plena.** (Resaltado mío)*

Puesta en relación la norma en referencia con la disposición prevista en el último aparte del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, cabe interpretar que esta última es incompatible con aquélla, puesto que niega, en términos absolutos, el derecho que la convención consagra, siendo que el ordenamiento constitucional no atribuye a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el rango de tribunal supremo.

Por las razones expuestas, esta Sala reconoce y declara, con fundamento en la disposición prevista en el artículo 23 de la Constitución de la República, que el artículo 8, numerales 1 y 2 (literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, forma parte del ordenamiento constitucional de Venezuela; que las disposiciones que contiene, declaratorias del derecho a recurrir del fallo, son más favorables, en lo que concierne al goce y ejercicio del citado derecho, que la prevista en el artículo 49, numeral 1, de dicha Constitución; y que son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”¹⁶.

Considero que en la sentencia comentada la Sala Constitucional se equivocó al extender la garantía de la doble instancia a todos los procesos, independiente de la materia, pues, en mi criterio, la Constitución y los pactos

¹⁶ La Sala Político Administrativa, en Sentencia N° 1.753 del 27 de julio de 2000, caso: Ali Quiñones, analizó la misma norma contenida en el artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y concluyó con el quebrantamiento de la doble instancia y lo extendió a todos los procesos, conforme al siguiente razonamiento: “En efecto, de la simple lectura que del numeral 1 del artículo 49 de la vigente Carta Magna se efectúe, podrá colegirse una consagración expresa, directa y diáfana del principio de la doble instancia que, - como se dijo -, debe verificarse no sólo en lo que a la materia penal se refiere (visto la utilización del término “culpable”), sino también respecto de “todas las actuaciones judiciales” con ocasión a controvertidos que versen sobre las distintas ramas del Derecho”.

internacionales que la consagran y que han sido constitucionalizados, la limitan de forma clara a los procesos penales donde exista condena y dejan en manos del legislador su regulación¹⁷.

1.4.2. Sentencia N° 2661, del 25 de octubre de 2002, Caso: Thais Gloria Molina:

La causa se inició por una acción de amparo constitucional intentada contra una decisión por un tribunal de primera instancia con competencias en materia civil, mercantil y del tránsito, que desestimó un recurso de hecho interpuesto contra sentencia que negó la apelación intentada contra decisión recaída en un procedimiento de retasa de honorarios profesionales. En la acción de amparo constitucional, se denunció la violación del de la doble instancia, concretamente en los artículos 49 numeral 1, 23, 334 y 335 de la Constitución y 8, numeral 2, literal “H” de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. El accionante fundamentó el amparo constitucional en que el juez de instancia debió desaplicar por inconstitucional y en ejercicio del control difuso, la norma contenida en el artículo 28 de la Ley de Abogados que establece que “*las decisiones sobre retasa son inapelables*”. Concluyó la Sala declarando sin lugar la acción de amparo constitucional, partiendo de la premisa de que la limitación del derecho a recurrir no es *per se* inconstitucional, pues el propio texto constitucional deja en manos del legislador su ejercicio. El precitado fallo fue reiterado en posteriores sentencias, entre ellas la solicitud de desaplicación por control difuso del Reglamento de la Ley de Abogados, resuelta en sentencia N° 340 del 9 de marzo de 2004, caso: *German Macero*.

En esta sentencia, la Sala Constitucional analiza el tema de la doble instancia de manera más coherente con lo que ha sido el tratamiento del mismo, motivándola de la manera siguiente:

“No obstante, esta Sala, tal como lo señala la accionante, en diversos de sus fallos, en aplicación del principio de interpretar a favor del goce y del ejercicio de los derechos fundamentales, ha extendido, en muchos casos, al proceso civil y al contencioso administrativo tal garantía, lo cual es posible al juez constitucional siempre que con ello no se esté lesionando otro derecho fundamental u otro interés de mayor jerarquía, como, en principio, es el la aplicación por el juez del ordenamiento procesal predeterminado por la ley, que, salvo inconstitucionalidad declarada legítimamente o manifiesta, deberá ser aplicado en aras de la seguridad

¹⁷ Quizás pudiera encontrarse una explicación en la postura asumida por la Sala Constitucional en la realidad peruana, donde la Constitución de 1993, consagró en su artículo 139.6, el derecho a “la pluralidad de la instancia”, sin distinguir la naturaleza del proceso en donde se aplica dicha garantía.

jurídica y cuya falta de aplicación, en algunos casos, constituirá infracción de otros derechos constitucionales. Ha señalado la Sala como excepción al ejercicio del derecho a la doble instancia, a los procesos para los que la ley adjetiva circunscribe la competencia de su conocimiento al Tribunal Supremo de Justicia y, asimismo, señala ahora esta Sala, que constituyen otras excepciones no excluyentes, muchas decisiones dictadas, de acuerdo con la ley procesal aplicable, por tribunales colegiados, ello en atención a que, con la doble instancia se pretende reforzar la idoneidad y justeza de la decisión dictada, lo que también puede lograrse, en principio, cuando es un tribunal colegiado quien la dicta.

Por otra parte, esta Sala considera pertinente precisar que el derecho a recurrir supone, necesariamente, la previa previsión legal de un recurso o medio procesal destinado a la impugnación del acto. No toda decisión judicial dentro del proceso puede ser recurrida. Ello atentaría, también, contra la garantía de celeridad procesal y contra la seguridad jurídica y las posibilidades de defensa que implica el conocimiento previo por los litigantes de las reglas procesales. El derecho a la doble instancia requiere entonces del preestablecimiento legal de la segunda instancia, así como del cumplimiento por quien pretende el acceso a ella, de los requisitos y presupuestos procesales previstos en la ley aplicable”.

Pertinente es resaltar la conclusión a la que llegó la Sala Constitucional al desestimar la violación de la doble instancia, luego de ponderar el derecho a recurrir y el derecho a obtener un fallo oportuno, cuando afirmó que la “*acción de amparo constitucional contraria a la seguridad jurídica y al derecho de defensa de la contraparte en el referido juicio de retasa*”.

2. CONFIGURACIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA EN EL SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL VENEZOLANO

En la actualidad, el derecho procesal constitucional venezolano no puede limitarse al estudio comparativo de los sistemas de control concentrado y difuso de la constitucionalidad de las leyes, ya que la Constitución, la ley y la jurisprudencia han instaurado un sistema reforzado de medios de garantía de los derechos fundamentales y de protección de la propia Constitución, algunos de ellos incorporados en el propio texto constitucional y otros por desarrollo jurisprudencial, entre los que podemos mencionar: i) el recurso de nulidad, ii) el control difuso de la constitucionalidad, iii) la acción de amparo, iv) el habeas corpus, v) el habeas data, vi) la omisión legislativa, vii) la controversia constitucional, viii) el control preventivo, ix) la revisión constitucional, x) el recurso de colisión de leyes, xi) el recurso de interpretación y xii) las demandas por intereses colectivos o difusos.

El problema central del presente trabajo es cómo cohesionar el sistema de control constitucional venezolano, el cual tiene particularidades propias, derivadas de la influencia de los sistemas concentrado de corte europeo y difuso de origen norteamericano, que impedirían describirlo bajo los parámetros tradicionales. No se trata de analizar la naturaleza del sistema de control constitucional venezolano; ello desviaría el objeto del presente trabajo. El *quid* del asunto es poner de relieve los problemas que presenta el sistema de control de constitucionalidad venezolano al momento de poner en marcha los distintos procesos constitucionales, los cuales, se desarrollan ante distintos tribunales y mediante la aplicación de diferentes procedimientos¹⁸. A título de ejemplo, puedo referir lo que sucede al momento de acudir al control concentrado que tiene atribuido exclusivamente la Sala Constitucional para “*declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el poder público dictados en ejecución directa e inmediata de [la] Constitución o que tengan rango de ley*”, o el que tienen todos los jueces al ejercer el control difuso para aplicar la Constitución cuando colide alguna ley o “*norma jurídica*” con ésta, conforme lo dispone el artículo 334 constitucional¹⁹.

Vale la pena resaltar la experiencia en Perú, en la cual, producto del sistema denominado dual, paralelo o mixto de control de la constitucionalidad, el Tribunal Constitucional, tiene atribuidas competencias de forma exclusiva y única instancia el control concentrado de las leyes y la resolución de conflictos de competencia; mientras que actúa como última instancia y no como casación, en casos de decisiones adoptadas por jueces de instancia en materias de habeas corpus, habeas data, amparo y acción de cumplimiento²⁰.

¹⁸ Brewer, correctamente resaltó el problema de la falta de uniformidad de las decisiones dictadas por los jueces en aplicación del control difuso de la constitucionalidad, producto de los efectos *inter partes* de la misma y ante la ausencia de la doctrina *stare decisis*, se podría solucionar con el writ of certiorary o el mecanismo del control concentrado en aquellos países que como Venezuela –a su decir– presentan en su control de constitucionalidad naturaleza mixta. Es prudente aclarar que esas notas escritas por el profesor Brewer fueron escritas antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 venezolana, que consagra no solo un sistema mixto de control constitucional, sino además prevé como mecanismo de uniformidad de la jurisprudencia el recurso de revisión constitucional de decisiones definitivamente firmes dictadas en ejercicio del control difuso (Allan Brewer Carías; *La Jurisdicción Constitucional en América Latina*; *En La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*; Dykinson; Madrid; 1997; pág 133).

¹⁹ “Artículo 334. Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución. En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente. Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella”.

²⁰ Domingo García Belaunde; *La Jurisdicción Constitucional en Perú*; *En La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*; Dykinson; Madrid; 1997; pág 837.

Dentro de los problemas que se derivan de las particularidades del sistema de control constitucional venezolano se encuentra el de la doble instancia, cuyo análisis ha motivado el presente trabajo.

En ese orden de ideas, por la ubicación de la Sala Constitucional dentro del Poder Judicial y como una Sala más de las que integran el Tribunal Supremo de Justicia, formulo las siguientes interrogantes: estando la Sala Constitucional en la cúspide del poder judicial y ser calificada como la última y máxima intérprete de la Constitución, ¿puede considerarse a la Sala Constitucional como un tribunal de alzada de los demás tribunales con competencia para conocer de procesos constitucionales? ¿la Sala Constitucional actúa como juez del mérito de la causa o su finalidad es la de garantizar la supremacía de la Constitución y su uniforme interpretación?.

Alguna de esas respuestas parecieran claras respecto de la mayoría de los procesos constitucionales que son seguidos en única instancia ante la Sala Constitucional, no así en otros procesos en los que conoce de alguna sentencia de un juzgado de instancia o inclusive de otra Sala del Máximo Tribunal. Sin embargo, aun en los procesos constitucionales seguidos en única instancia en la Sala Constitucional, surgen algunas inquietudes acerca de su actuación como órgano de alzada.

De seguidas analizaré algunos procesos constitucionales en los cuales surgen incidencias que derivan en la revisión de un fallo:

2.1. RECURSOS CONTRA LOS AUTOS DEL JUZGADO DE SUSTANCIACIÓN

A primera vista pareciera un contrasentido admitir la posibilidad de la doble instancia en el recurso de nulidad contra actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, pues está atribuido su conocimiento exclusivamente a la Sala Constitucional por virtud del control concentrado de la constitucionalidad. Pero, luego de un análisis pormenorizado del *iter* procesal seguido en el juicio de nulidad y otros procesos constitucionales donde sea necesaria la sustanciación de la causa, advierto la posibilidad de ejercer recurso de apelación contra los autos que dicte el Juzgado de Sustanciación de la Sala Constitucional.

La posibilidad de ejercer recurso de apelación contra el auto del Juzgado de Sustanciación de la Sala Constitucional está expresamente prevista en los artículos 18 y 97 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que a la letra expresan:

“**Artículo 18:** Cada Sala conocerá de las apelaciones y recursos que se intenten de acuerdo con la ley contra las decisiones del respectivo Juzgado de Sustanciación(...)”.

“**Artículo 97:** Contra las decisiones del Juzgado de Sustanciación se oír apelación en un solo efecto, en el lapso de tres (3) días de despacho a partir de la fecha de su oportuna publicación. Las Salas decidirán en el lapso de diez (15) días de despacho siguientes al recibo del expediente, previa sustanciación de la incidencia correspondiente²¹”.

A título de ejemplo, cito el criterio jurisprudencial sostenido por la Sala Constitucional en su sentencia N° 2574, del 16 de octubre de 2002, caso: *Alejandro González*, que negó la apelación contra un auto de admisión de un recurso de nulidad, pero abrió la posibilidad de apelar del auto que lo declare inadmisibile. El fallo comentado establece:

“En efecto, ha sido criterio reiterado de este Supremo Tribunal que el Juzgado de Sustanciación debe negar las apelaciones contra los autos que declaran admisibles las acciones interpuestas, toda vez, que a tenor de lo establecido en los artículos 105 y 115 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, los autos sujetos a apelación son aquellos que declaren inadmisibile la demanda.

Ello es así, por cuanto la apelación se admite contra los autos, resoluciones o sentencias interlocutorias, en sola atención al perjuicio que causen, mas aún, no basta que sea cualquier perjuicio, es menester que sea posiblemente irreparable.

El auto de admisión tiene por objeto verificar que el escrito libelar cumpla plenamente con los requisitos exigidos por el artículo 113 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, esto es, comporta la necesidad de que el juez juzgue, antes de iniciarse el procedimiento, sobre la admisibilidad del recurso, siendo ello la razón por la cual la ley solamente

²¹ Esos artículos corresponden al párrafo 3 del artículo 4, párrafos 5, 12 y 14 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004. Es pertinente resaltar que tanto el párrafo 3 del artículo 4 como el párrafo 14 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, fueron casi reproducidos en la nueva ley. Por lo que respecta a los párrafos 5 y 12 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, fueron suprimidos por la vigente ley. Los párrafos suprimidos eran del siguiente tenor: “El Juzgado de Sustanciación decidirá acerca de la admisión o inadmisibilidad de la demanda o recurso, mediante auto motivado, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al recibo del expediente. Del auto por el cual se declare inadmisibile la demanda, recurso o solicitud, podrá apelarse por ante la Sala respectiva, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes”.

“(…) Contra los autos que niegue la admisión de pruebas se oír apelación en ambos efectos, y contra los autos que la admitan se oír en un solo efecto. Las mismas podrán presentarse en forma oral o escrita”.

exija motivación precisa para el caso de que se declare la inadmisibilidad, ya que dicha declaratoria conlleva un perjuicio para el recurrente, quien se ve impedido o coartado en el ejercicio de sus derechos, motivo por el cual para él es impugnabile.

No observándose otra disposición procesal al respecto, es concluyente que la apelación solo podrá ser ejercida por el accionante contra el auto del Juzgado de Sustanciación que declare inadmisibile la acción de nulidad incoada”.

Otro caso que merece la pena comentar es la sentencia de la Sala Constitucional N° 162 del 27 de febrero de 2008; caso: Alcalde del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira, en el que conoció de un recurso de hecho contra una decisión del Juzgado de Sustanciación de esa Sala que declaró extemporánea una apelación contra un auto por el que se decidió la perención de la instancia en una causa allí tramitada.

En la sentencia N° 1815, del 24 de agosto de 2004, caso: *Hernán Escarra*, la Sala Constitucional no exigió como formalidad en la tramitación de la apelación contra autos del Juzgado de Sustanciación, la formalización de la apelación exigida en los procedimientos de segunda instancia regidos en la ley que rige las funciones de ese alto Tribunal. En dicho fallo precisó:

“Advierte la Sala, sin embargo, que ese escrito, si bien nunca fue presentado, no es necesario para conocer de este recurso contra el auto de inadmisión de la demanda.

En efecto, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, vigente para el momento de la acción y de la apelación, no exigió requisito alguno para apelar de los autos del Juzgado de Sustanciación. Sólo preveía la necesidad de un escrito de formalización en el caso de los juicios en los que se revisase una sentencia definitiva por parte de un tribunal de superior jerarquía (‘procedimientos en segunda instancia’).

En mi criterio, no se puede calificar de segunda instancia a la Sala Constitucional respecto de las apelaciones de los autos dictados por el Juzgado de Sustanciación de aquella, ya que no se presenta uno de los elementos esenciales de la definición, cual es el de actuar como órgano judicial jerárquicamente superior, pues el Juzgado de Sustanciación es un órgano auxiliar de la Sala Constitucional cuya finalidad es la de desconcentrar algunas atribuciones y dictar las decisiones interlocutorias necesarias para la prosecución normal de los procesos allí llevados, pero teniendo impedido pronunciarse sobre el fondo de los asuntos allí debatidos, pues ello corresponde a la Sala a la que esté integrado. Además, el Juzgado

de Sustanciación puede estar conformado por el Presidente de la Sala o por personas distintas según sea el caso y designadas por la Sala Plena, como sucede en la actualidad donde el Juzgado de Sustanciación lo conforma el Secretario de la Sala y no un Magistrado de la misma. Se prevé además, que en caso de que sea la Presidenta de la Sala una de las que integre el Juzgado de Sustanciación, no podrá participar en las deliberaciones de las apelaciones contra los autos sometidos a apelación o recursos²².

A pesar de lo anterior, cuando la Sala Constitucional conoce de las apelaciones contra los autos del Juzgado de Sustanciación asume la competencia plena para confirmar, revocar o modificar dicho fallo interlocutorio, y lo hace de manera obligatoria y no discrecional como sucede con otros recursos, con lo cual, en cierto modo pudiera pensarse que se configuraría una doble instancia que podría calificarse como incompleta.

2.2. LA APELACIÓN EN EL AMPARO CONSTITUCIONAL:

2.2.1. Apelación de sentencia definitiva en primera instancia:

El artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establece la apelación como recurso para conocer de las sentencias dictadas en primera instancia dictadas en esos procesos constitucionales²³. Dicha norma prevé:

“Artículo 35.- Contra la decisión dictada en primera instancia sobre la solicitud de amparo se oírá apelación en un solo efecto. Si transcurridos tres (3) días de dictado el fallo, las partes, el Ministerio Público o los procuradores no interpusieren apelación, el fallo será consultado con el Tribunal Superior respectivo, al cual se le remitirá inmediatamente copia certificada de lo conducente. Este Tribunal decidirá dentro de un lapso no mayor de treinta (30) días.” Resaltado mío.

La Sala Constitucional ha interpretado reiteradamente que los únicos fallos objeto de apelación en la tramitación del amparo constitucional sentencias *“son los definitivos que ponen fin a la primera instancia, sin que exista la posibilidad de apelación contra autos o fallos interlocutorios que pudieran recaer en dichos procesos, pues dichas incidencias pueden ser resueltas en la ocasión de la audiencia pública o con ocasión del*

²² Conforme lo prevé el único aparte del artículo 18 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

²³ Merece la pena resaltar la experiencia en Guatemala, donde el artículo 272 de la Constitución atribuye a la Corte Constitucional el conocimiento en apelación de las decisiones dictadas en procesos de amparo constitucional por jueces de instancia así como de las objeciones de leyes.

juzgamiento sobre la apelación contra la decisión definitiva que haya sido emitida en primer grado de jurisdicción”²⁴

En el numeral 19 del artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se atribuyó a la Sala Constitucional la competencia para conocer en apelación *“contra las sentencias que recaigan en los procesos de amparo constitucional autónomo que sean dictadas por los juzgados superiores de la República, salvo contra las de los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo”*.

2.2.2. No incidencias en el amparo constitucional

El principio básico en materia de amparo constitucional es la imposibilidad de plantear incidencias en el amparo constitucional. Para ello se ha tenido en cuenta que la acción de amparo constitucional presenta como características esenciales la celeridad, efectividad y eficacia en la protección del derecho reclamado. Al respecto, la Sala Constitucional ha sostenido de forma reiterada y pacífica que en su tramitación no hay incidencias distintas de las que preceptúa la propia Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pudiendo citarse entre varias decisiones los números 251/2000, 310/2001; 306/2002; 2261/2002; 2264/2002, 318/2003 y 3844/2005.

Al respecto, el artículo 12 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales es claro cuando prohíbe las incidencias en ese proceso y las limita únicamente a los conflictos de competencia²⁵. El precitado artículo dispone:

“Artículo 12.- *Los conflictos sobre competencia que se susciten en materia de amparo entre Tribunales de Primera Instancia serán decididos por el Superior respectivo. Los trámites serán breves y sin incidencias procesales”*. Resaltado mío.

Por tal motivo, considero que al prohibirse las incidencias en la acción de amparo constitucional sólo existe doble instancia cuando se ejerce apelación contra la sentencia definitiva o con vocación de tal, pues aceptar lo contrario atentaría contra la celeridad con la que debe ser tramitada y decidida.

²⁴ Sentencia N° 1467, del 3/11/2009, caso: Glenda Yuraima Lugo.

²⁵ Entre las incidencias que generalmente se plantean pero que son inadmitidas podríamos citar a título de ejemplo: la apelación de la medida cautelar decretada, la inhibición del juez (ya que la recusación está prohibida en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

2.2.3. Recurso de hecho en amparo constitucional

La Sala Constitucional ha tramitado el recurso de hecho “*en los casos en los que el tribunal no admite el recurso de apelación contra la decisión que resuelve en primera instancia la acción de amparo constitucional*”.²⁶ Claro está, el recurso de hecho sólo procederá, de acuerdo a la práctica forense venezolana, en el supuesto que la apelación sea ejercida contra la decisión que ponga fin a la primera instancia, bien porque declare inadmisibles la acción de amparo, la pérdida de interés por abandono del trámite, el desistimiento de la acción, la improcedencia *in limine litis*, la improcedencia de la acción o la declare parcialmente con lugar y sea apelada la parte del fallo que no favoreció al recurrente. No aplicaría el otro supuesto para la procedencia del recurso de hecho, referido a la negativa de admitir el recurso de apelación en ambos efectos (efecto suspensivo) cuando se oyó en un solo efecto (efecto devolutivo), pues la norma contenida en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales la admite únicamente en un sólo efecto, lo cual tiene su razón de ser en no suspender el mandamiento de amparo declarado ante la apelación del fallo que perjudicó al perdedor.

2.2.4. Eliminación de la consulta

La Sala Constitucional por vía jurisprudencial declaró la derogatoria tácita de la consulta obligatoria a la que estaba sometida todo fallo que finalizará la primera instancia, prevista en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales por antagonizar con la celeridad, brevedad, eficacia y efectividad del proceso de amparo, consagrado en los artículos 26, 27 y 257 de la Constitución. En el citado fallo se estableció:

“Cabe destacar que nuestro legislador ha ido suprimiendo la consulta en materias sensibles, incluso de orden público, por cuanto ha estimado que la garantía del recurso, sin necesidad de que se supla la voluntad del justiciable, es suficiente para la protección de los altos intereses cuya tutela le ha sido confiada. Así, fue eliminada la consulta en materia de divorcio y separación de cuerpos que existía en el Código de Procedimiento Civil derogado (artículo 557) y lo fue también en materia penal general y de Salvaguarda del Patrimonio Público, en la transición del Código de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (en materia de procedimiento) al Código Orgánico Procesal Penal.

Esta tendencia también se aprecia en el artículo 5.5 de la Ley Orgánica

²⁶ Sentencia N° 3.027 del 14 de octubre de 2005, caso: “César Armando Caldera Oropeza”.

del Tribunal Supremo de Justicia, que se refiere a “las apelaciones contra las sentencias de amparo constitucional” contra decisiones en materia de la acción de reclamo a que la disposición se contrae, con lo cual eliminó, en forma tácita, la consulta de tales fallos.

Es pertinente poner énfasis en que, con la eliminación de la consulta, no se limitó el acceso a la justicia –en alzada- a los particulares, pues éste se garantiza a través de un medio o instrumento procesal idóneo de impugnación de las decisiones de primera instancia como es el recurso ordinario de apelación.

A través de dicho recurso, se mantiene incólume el derecho al recurso ante Juez o Tribunal Superior que establecen los artículos 49.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, con mayor amplitud, el artículo 8, inciso 2, letra h) de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), sin menoscabo de la integridad del principio del doble grado de jurisdicción. En efecto, la norma supranacional –que se incorpora, con rango constitucional a nuestro ordenamiento jurídico, de conformidad con el artículo 23 de la Constitución (...).²⁷

2.2.5. Algunas formalidades en la tramitación de la apelación

2.2.5.1 Extemporaneidad y forma de cómputo de la apelación en materia de amparo:

La Sala Constitucional en sentencia N° 3.027 del 14 de octubre de 2005, caso: *César Armando Caldera Oropeza*, estableció la forma de computar el lapso para apelar, para lo cual analizó el contenido del artículo 13 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales que prevé: “(...omissis...) *Todo el tiempo será hábil y el Tribunal dará preferencia al trámite de amparo sobre cualquier otro asunto*” y lo interpretó en el contexto en que se ubicaba dicha norma, concluyendo en que el lapso de 3 días para apelar previsto en el artículo 35 del citado texto legal, debe computarse por días consecutivos, excepto los sábados, domingos, el jueves y viernes santo, los declarados días de fiesta por la Ley de Fiestas Nacionales. Con esa interpretación se evitaba los inconvenientes que se generaban cuando por ejemplo se emitía una decisión un día jueves santo y dicho lapso se vencía el domingo de resurrección, siendo extemporánea la apelación que hiciera el lunes siguiente, violándose a mi entender el derecho a recurrir por imposibilidad material de ejercerlo ante un tribunal que no laboró esos días. En la mencionada sentencia se precisó:

²⁷ Sentencia N° 1307 del 22 de junio de 2005, caso: *Ana Mercedes Bermúdez*.

“Como se deduce de la previsión normativa inserta en el artículo citado, dentro de los tres (3) días de dictado el fallo, las partes están facultadas para interponer el recurso de apelación contra el mismo, tal y como quedó establecido y aclarado por esta Sala en la decisión número 501, del 31 de mayo de 2000, caso: Seguros Los Andes, C.A., la cual establece, entre otras cosas, lo siguiente:

‘Bajo este orden de ideas, considera esta Sala que el lapso de tres (3) días para interponer el recurso de apelación en amparo, previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, debe ser computado por días calendarios consecutivos, excepto los sábados, los domingos, el jueves y el viernes santos, los declarados días de fiesta por la Ley de Fiestas Nacionales y los declarados no laborables por otras leyes, y así se declara, reiterando con carácter vinculante lo ya expresado en el fallo del 1º de febrero de 2000 (caso: José Amando Mejía)’.

Pues bien, en criterio de la Sala, el lapso de tres (3) días para interponer el recurso de apelación en amparo, previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, debe ser computado por días calendarios consecutivos, excepto los sábados, los domingos, el jueves y el viernes santos, los declarados días de fiesta por la Ley de Fiestas Nacionales y los declarados no laborables por otras leyes; lo cual no desdice de la previsión normativa establecida en el artículo 13 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, según la cual, ‘Todo el tiempo será hábil y el juez dará preferencia al trámite de amparo sobre cualquier otro asunto’ (negritas de la Sala), mensaje prescriptivo que debe interpretarse, esencialmente, con relación a la norma contenida con ese artículo y a la estructura de la ley que la contiene”.

2.2.5.2. Lapso para fundamentar la apelación:

Si bien el legislador no ha exigido como carga procesal la obligación de motivar la apelación, se ha permitido la posibilidad de que el apelante fundamente la misma dentro del lapso de 30 días contados a partir de que se le de entrada al expediente en el tribunal respectivo, ello en razón de que dicho lapso es el que por ley tiene para decidir el fondo de la apelación sometida a su conocimiento²⁸. También se ha dejado clara la no obligatoriedad del tribunal de conocer de alegatos presentados por las partes pasados como fueren los 30 días aludidos para fundamentar la apelación.

²⁸ Sentencias N° 2389 del 1 de agosto de 2005 caso: Francisca Quero y N° 442 del 4 de abril de 2001, caso: Estación de Servicios Los Pinos S.R.L.

2.3 CONSULTA EN HABEAS CORPUS:

Se garantiza la doble instancia en procesos donde está involucrado el derecho a la libertad o la seguridad personal, mediante una consulta obligatoria y expedita del fallo definitivo recaído en primera instancia, prevista y regulada por el artículo 43 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Dicho artículo establece:

“Artículo 43.- El mandamiento de habeas corpus o, en su defecto, la decisión que lo niegue, se consultará con el Superior, al que deberán enviarse los recaudos en el mismo día o en el siguiente.

La consulta no impedirá la ejecución inmediata de la decisión y el Tribunal Superior decidirá dentro de las setenta y dos (72) horas después de haber recibido los autos”.

Me llama poderosamente la atención, el hecho de que la Sala Constitucional declaró la derogación tácita de la consulta obligatoria prevista en los procesos de amparo constitucional por el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (tratado en el numeral b.4) del presente Capítulo) y no haya dicho nada respecto de la consulta de la sentencia en los casos de habeas corpus, por lo que considero subsiste y para el caso en que sea derogada tácitamente debe tenerse en cuenta que a diferencia del amparo y otros procesos constitucionales destinados a la protección de los derechos fundamentales, el habeas corpus no admite expresamente la apelación, por lo que eliminar la consulta sin permitir la apelación sería inconstitucional por transgredir directamente la garantía a la doble instancia en procesos donde está en debate la libertad y seguridad personal²⁹. Sin perjuicio de lo anterior, considero que aun cuando no esté expresamente establecida la apelación en materia de habeas corpus, pudiera perfectamente aplicarse las normas que sobre la apelación regula el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pues ésta no distingue a que tipo de proceso de amparo está incardinada, por lo que surge así una doble instancia en los casos del ejercicio del recurso de apelación o en su defecto por vía de consulta obligatoria.

2.4. REVISIÓN DE SENTENCIAS

²⁹ Nótese que el artículo 523 del Código Orgánico Procesal Penal suprimió la consulta de las sentencias interlocutorias o definitivas, por lo que la tendencia del legislador está orientada a dejar en manos del interesado el ejercicio de los recursos respectivos.

2.4.1. Revisión de las sentencias dictadas en ejercicio del control difuso

La revisión de las sentencias definitivamente firmes dictadas en ejercicio del control difuso es un mecanismo de control incidental de la Constitución que de manera obligatoria deben someter ante la Sala Constitucional, los Tribunales de la República o las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia que desapliquen una norma por inconstitucional, de conformidad con lo establecido en los artículos 334 y 336.10 del Texto Fundamental y en los artículos 25.12 y 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia³⁰.

Las sentencias dictadas por los tribunales de instancia en ejercicio del control difuso, son sujetas a revisión por vía de los mecanismos ordinarios de impugnación, como es el recurso de apelación. En tal sentido, sucede con bastante regularidad que los jueces de Juicio en Materia Penal desapliquen para el caso concreto por control difuso algunas disposiciones contenidas en el Código Penal que establecen penas accesorias al reo condenado y con ello decreta su libertad. En ese caso, el Ministerio Público pudiera ejercer apelación contra esa decisión y la Corte de Apelaciones en lo Penal que resulte competente pudiera confirmar esa decisión o puede que no la ejerza y en ambas situaciones quedaría definitivamente firme, surgiendo la obligación para el juzgado que la profirió en última instancia de remitir a la Sala Constitucional copia certificada de esa sentencia para la revisión de la que aquí hemos aludido.

Al respecto, la Sala Constitucional en sentencia N° 1.400 del 8 de agosto de 2001, caso: *Jesús Pérez Salazar*, exigió determinó lo siguiente:

“(...) el juez constitucional debe hacer saber al Tribunal Supremo de Justicia sobre la decisión adoptada, a los efectos del ejercicio de la revisión discrecional atribuida a la Sala Constitucional conforme lo disponen los artículos 335 y 336.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

(...) conforme a lo cual resulta obligatoria la remisión de la copia certificada del fallo que contenga la desaplicación de normas jurídicas con ocasión del control difuso de la constitucionalidad ejercida por los jueces de la República en los términos consagrados en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De allí que el juez que desaplique una norma legal o sub-legal, por considerarla inconstitucional, está obligado a remitir copia certificada de

³⁰ Que corresponden a los numerales 4 y 16 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004.

la sentencia definitivamente firme y del auto que verifica dicha cualidad, a fin de que esta Sala proceda a la revisión de la misma, para hacer más eficaz el resguardo de la incolumidad constitucional; en caso contrario, el control difuso no tendría sino un efecto práctico sólo en el caso concreto, en detrimento del orden constitucional, pues el canal de conexión con el control concentrado -que tiene efectos erga omnes- estaría condicionando a la eventual solicitud de revisión de la persona legitimada por ante la Sala, lo que desde luego minimiza la potencialidad de los instrumentos emanados de ésta, que es el carácter vinculante de sus decisiones y la facultad de revisar ese tipo de sentencias por mandato constitucional, (Vid. Sentencia de la Sala N° 1.998 del 22 de julio de 2003, caso: Bernabé García)".

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en su artículo 33, unificó lo que la jurisprudencia de la Sala Constitucional venía exigiendo para materializar la revisión de las sentencias definitivas dictadas en ejercicio de control difuso.

“Artículo 33: *Cuando cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales de la República ejerzan el control difuso de la constitucionalidad deberán informar a la Sala Constitucional sobre los fundamentos y alcance de la desaplicación que sea adoptada, para que ésta proceda a efectuar un examen abstracto sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión. A tal efecto, deberán remitir copia certificada de la sentencia definitivamente firme”.*

Considero que la revisión que hace la Sala Constitucional de las sentencias dictadas en ejercicio del control difuso es incidental y no puede considerarse una nueva instancia, pues está reducida o restringida al derecho, siendo su finalidad la uniformidad de interpretación de la norma constitucional.

2.4.2. El recurso de revisión contra sentencias

El ordenamiento jurídico venezolano, ha creado un recurso extraordinario cuya finalidad es la de lograr la uniformidad de la interpretación de la constitución y se materializa con la revisión de forma exclusiva y excluyente por parte de la Sala Constitucional de las decisiones definitivamente firmes que los jueces de instancia u otras Salas del Tribunal Supremo Justicia hayan dictado³¹.

Ese recurso de revisión constitucional es objetivo, pues es un examen abstracto de la sentencia; discrecional, por lo que no está en la obligación de entrar a conocer del fondo del mismo; y, limitado a sentencias definitivamente

³¹ Artículo 336.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

firmes, por lo que es extraordinario. No considero que pueda calificarse al recurso de revisión constitucional como una casación constitucional, ya que tiene una función superior a la de la uniformidad de la interpretación de la ley, como es la de garantizar la supremacía constitucional y su uniforme interpretación. Tampoco considero que pueda calificarse como recurso de apelación, ya que no se revisa la totalidad de un fallo contra el cual ya pudo haberse ejercido el recurso de apelación y se ejerce ante una jurisdicción especial como es la Constitucional cuya finalidad es la de garantizar la supremacía Constitucional y su uniforme interpretación.

Comentando la sentencia dictada el 7 de abril de 1995 por la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el caso Giroldi, Gozaíni nos enseña que la denegación sin fundamentos del recurso extraordinario conocido como certiorari, en ejercicio de una facultad discrecional, *“vulneraba la posibilidad de tener una nueva instancia de discusión”*³². Sostiene que después del citado caso Giroldi, el principio de la doble instancia quedó afincado en materia penal.

Nos enseña Marín que la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica funcionó desde sus inicios y hasta la reforma de 1891 como Corte de Apelaciones, remarcando el carácter de alzada de los tribunales federales y de los tribunales supremos de los estados federados, así como el carácter obligatorio de procesar y tramitar esas apelaciones. Ante el crecimiento de esa nación y el desbordamiento de causas, el sistema se hizo insostenible e impulsó la reforma de 1891, en el que se cambió por la certiorary jurisdiction, suponiendo *“la sustitución del módulo tradicional argumental y motivado por una decisión discrecional llanamente adoptada, en cuya virtud la propia Corte Manifestaba su voluntad conforme o disconforme en admitir el caso planteado ante su instancia por los litigantes (...) esa discrecionalidad no se ejerce por la sola razón de comodidad, sino como un instrumento para que el Tribunal mismo pueda seleccionar los asuntos de interés general para ser resuelta obra jurisprudencial de voz de la Constitución”*³³.

Ahora bien, hay casos excepcionales en los que la Sala Constitucional ha actuado como una suerte de casación sin reenvío, al conocer de recursos de revisión constitucional contra sentencias definitivamente firmes, donde se agotó previamente la doble instancia, declarado parcialmente ha lugar el recurso, anulando una parte de la sentencia objeto de revisión y dejando vigente el resto del fallo.

32 Oswaldo Gozaíni, *op cit*; pág 463.

33 José Ángel Marín; *Naturaleza Jurídica del Tribunal Constitucional*; Ariel Editores; Barcelona; 1998; pág 41.

Bajo la óptica anterior, puedo citar a título de ejemplo la sentencia de la Sala Constitucional N° 912 del 4 de junio de 2008, caso: Procuraduría General de la República, por la que declaró parcialmente ha lugar el recurso de revisión constitucional intentado contra la sentencia N° 00389 dictada el 22 de abril de 2004, por la Sala Político Administrativa Accidental y limitó la nulidad del fallo a una parte del mismo alegando razones de celeridad procesal. En ese fallo precisó:

“En consecuencia, visto que la decisión en el punto primero y segundo del dispositivo se encontró ajustada a derecho y fueron desechadas el resto de las denuncias planteadas, y que sólo se evidenció violación constitucional en la consideración y posterior decisión reflejada en el punto tercero del dispositivo del fallo dictado por la Sala Político Administrativa Accidental, esta Sala resuelve excepcionalmente, visto el tiempo del cual data el juicio de nulidad, año 1980, no anular la totalidad de la sentencia ni reponer la causa al estado de que la Sala Político Administrativa se pronuncie nuevamente, en aras de garantizar una justicia expedita, equitativa y sin dilaciones indebidas, y acuerda sólo anular parcialmente la decisión, pues la declaratoria de nulidad que se hará en nada afectará al resto de las consideraciones y decisiones tomadas en el presente asunto, la cual puede ser ejecutada sin dificultad alguna, pues la nulidad declarada no guarda relación con el resto de la decisión. Todo lo cual es de la plenitud normativa del artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en cuanto a su debida interpretación constitucional³⁴.

2.5. DE LAS APELACIONES EN LAS DEMANDAS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia estableció en el Capítulo III de las Disposiciones Transitorias, el procedimiento para la tramitación de las demandas de protección de derechos e intereses colectivos y difusos, correspondiendo su conocimiento en única instancia a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia “*cuando los hechos que se describan posean trascendencia nacional*” y “*en caso contrario, corresponderá a los tribunales de primera instancia en lo Civil de la localidad donde aquellos se hayan generado*”. (art. 146) Necesario es recordar que las demandas por intereses difusos y colectivos fue una creación pretoriana de la Sala Constitucional por vía de jurisprudencia, por lo que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia vino fue a regular un proceso constitucional –aun cuando se discuta su naturaleza de proceso constitucional- que la práctica forense aceptó de forma pacífica y reiterada.

³⁴ En reciente sentencia de la Sala Constitucional N° 291 del 23 de abril de 2010, caso: Seguros Altamira, se declaró parcialmente ha lugar la revisión constitucional y anuló parcialmente la sentencia objeto del recurso en cuanto a uno de sus dispositivos, manteniendo vigente el resto del fallo.

Se consagra la posibilidad de ejercer recurso de apelación contra las decisiones dictadas en primera instancia en el artículo 161 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, siendo éste precedente únicamente contra las demandas cuyo conocimiento no estuviere atribuido a la Sala Constitucional, pues ésta conoce en única instancia.

“Artículo 161: Contra la decisión que se dicte en primera instancia se oirá apelación en ambos efectos, dentro de los cinco días de despacho siguientes a su publicación o notificación, ante el Juzgado Superior en lo Civil”.

Igualmente, se desarrolla el procedimiento a seguir en segunda instancia, ante el Juzgado Superior en lo Civil competente por el territorio, sin que se haya exigido la obligatoriedad de motivar la apelación, pues es facultativa la presentación de los fundamentos de ésta o la contestación a esa fundamentación. El trámite de la apelación parece bastante expedito si se toma en cuenta que la decisión podrá adoptarse en veinticinco días de despacho, pero pudiera dilatarse su pronunciamiento si se convoca a una audiencia pública. El artículo 162 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, establece:

“Artículo 162: Después de que el expediente sea recibido por el Juzgado Superior, transcurrirán cinco días de despacho para que las partes presenten sus escritos ante la alzada. Concluido este lapso, el Juzgado Superior decidirá la apelación dentro de los veinte días de despacho siguientes.

Antes de emitir decisión, el tribunal podrá convocar a una audiencia pública cuando la complejidad del caso así lo amerite, para lo que seguirá las reglas que se estipulan en los artículos precedentes”.

No dice la ley si la audiencia a convocar será para analizar la apelación o para replantear el debate que se desarrolló en primera instancia, por lo que estimo que, ante ese silencio de la ley, debe entenderse que tal convocatoria a audiencia pública está referida al trámite de la apelación, ello con la finalidad de evitar evacuar nuevamente pruebas y replantear argumentos analizados por el juez de la causa, que van en contra de la celeridad con que deben ser tramitados este tipo de procesos.

2.6. DE LAS APELACIONES EN EL HABEAS DATA

De acuerdo a lo establecido en el Capítulo IV de las Disposiciones Transitorias de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia se

estableció el procedimiento para la demanda de habeas data³⁵, atribuyendo su competencia en primera instancia a los Juzgados de Municipio con competencia en lo contencioso administrativo y con competencia territorial en el domicilio del solicitante (artículo 169), lo que constituye un cambio radical en la forma como venía tramitándose este particular proceso constitucional, pues antes se ventilaba en única instancia ante la Sala Constitucional y bajo un procedimiento creado por vía jurisprudencial que se asemejaba al proceso oral previsto en el Código de Procedimiento Civil. Como novedad de la nueva ley, considero pertinente resaltar la consagración del recurso de apelación, el trámite de alzada y la imposibilidad de ejercicio de recurso de casación³⁶.

En tal sentido, los artículos 173 y 174 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, disponen:

“Artículo 173: *Contra la decisión que se dicte en primera instancia, se oirá apelación en un solo efecto ante la alzada correspondiente, dentro de los tres días siguientes a su publicación o notificación.*

Artículo 174: *Después de que el expediente sea recibido por el juzgado superior, transcurrirán cinco días de despacho para que las partes presenten sus escritos ante la alzada. Concluido este lapso, el Juzgado Superior decidirá la apelación dentro de los treinta días continuos siguientes.*

La decisión que dicte el Tribunal de Alzada no será objeto de casación”.

Hay un tema en particular que me llama poderosamente la atención y está referido al evidente cuestionamiento sobre la naturaleza de proceso constitucional del habeas data, luego de que su competencia para conocerlo fuera atribuida a los juzgados de municipio con competencia en lo contencioso administrativo. Al respecto, no creo que el legislador haya meditado sobre

³⁵ La cual tiene su basamento constitucional en el artículo 28 del Texto Fundamental que dispone: Artículo 28. “Toda persona tiene el derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley”.

³⁶ La Sala Constitucional de forma pretoriana determinó la competencia para conocer en única instancia del habeas data y determinó su procedimiento ante la ausencia de previsión legislativa. Al respecto se pueden ver sentencia del 23 de agosto de 2000 (caso: Ruth Capriles y otros) y 14 de marzo de 2001 (caso: INSACA) y mas recientemente la sentencia N° 1511/2009 (Caso: Mercedes Josefina Ramírez).

la naturaleza de proceso constitucional del habeas data y considero que la verdadera intención del legislador fue la de desconcentrar de la Sala Constitucional este tipo de recursos que pueden ser perfectamente resueltos por tribunales de jerarquía inferior y de esa manera reservar a la Sala las decisiones sobre procesos donde pueda estar envuelto el llamado orden público constitucional. No obstante, creo que el habeas data es un proceso constitucional y ello se evidencia: a) cuando no se permite ejercer recurso de casación contra las sentencias dictadas en segunda instancia, recurso extraordinario que no está previsto en el derecho procesal constitucional venezolano; b) cuando el Título XI de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia lo incluye dentro de las “competencia constitucional” y regula transitoriamente su procedimiento y; c) cuando su base está directamente prevista en el Texto Constitucional (artículo 28).

Caracas, noviembre de 2010

VI O PROCESSO DE IMPEACHMENT PRESIDENCIAL NO BRASIL

Fernando Soares Tolomei

Discente do 8º termo C do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Pesquisador do Grupo de Estudos “Novas Perspectivas do Conhecimento - Processo Civil Moderno (Processo de Conhecimento e Acesso à Justiça, sob a orientação do Professor Dr. Gelson Amaro de Souza. E-mail: fernandotolomei@unitoledo.br.

Sérgio Tibiriçá Amaral

Coordenador do curso de Direito e Professor das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar. Mestre e Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE-Bauru.

SUMARIO

Resumo, palavras-chave, 1. introdução, 2 crimes de responsabilidade, 3 rito procedimental do impeachment, 3.1 Investigação, 3.2 Denúncia na Câmara dos Deputados 3.3 Julgamento no senado federal, 4 renúncia presidencial, 5 a atuação do poder judiciário no processo de impeachment,, conclusões, bibliografia

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade a realização de estudo acerca do instituto do processo de impeachment no direito positivo brasileiro, perquirindo, para tanto, breve notícia histórica sobre o tema, as condutas que ensejam a responsabilização política do Chefe Executivo, o procedimento constitucionalmente previsto para que possa ocorrer o impedimento daquela autoridade, bem assim a função exercida pelo Poder Judiciário em relação a este rito.

PALAVRAS-CHAVE:

Processo Constitucional. Crimes de Responsabilidade. Poder Executivo. Impeachment. Poder Judiciário.

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno do processo constitucional, ocorrido ao longo do século XVIII, revela-se como importante marco para o desenvolvimento das organizações políticas e sociais aos anos que o sucederiam. É que, de acordo com a orientação que restou consolidada deste período em diante, a função maior de se ter promulgada uma Constituição seria a de, em um primeiro momento, organizar e separar o Poder do Estado – corroborando toda a doutrina criada por Aristóteles, mas indubitavelmente propagada por Montesquieu – e, em segundo plano, cristalizar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos perante o órgão estatal.

Buscou-se, neste sentido, impor limites ao poder de ingerência do Estado na esfera privada de cada indivíduo. Focar-se-á, por ora, não nos direitos e garantias do indivíduo frente ao Estado, senão indiretamente, mas sim na maneira como se tentou fragmentar o Poder estatal, de forma a coibir eventuais abusos por parte de quem quer que seja.

O Poder do Estado é uno e indivisível. Destarte, aquilo que se convencionou chamar de “separação de poderes” nada mais é do que mera divisão das funções. Nesta divisão das funções, a Constituição leva em consideração as funções próprias e vitais de cada um dos órgãos, permitindo-lhes, contudo, atos estranhos à sua *ratio essendi* na ânsia de

garantir a independência necessária ao desempenhar da função que tem por encargo ordinário. Em que pesem estas considerações, não se deve ignorar a existência de vezes nas quais a Constituição confere a um dos órgãos a possibilidade (ou, em outros casos, o dever) de exercer poderes ou funções que, sem guardar qualquer identidade com suas funções típicas, se revelam como eficazes instrumentos para contrabalancear a influência conferida a outro órgão. A doutrina norte-americana chamada de *checks and balances system*.

Ora, claro fica que o sistema de freios e contrapesos almeja, a rigor, evitar que um determinado órgão investido de fração ideal do Poder do Estado seja seduzido a extrapolá-la, rompendo, desta forma, com as indeclináveis linhas riscadas pelo constituinte no sentido de salvaguardar o interesse e a liberdade daqueles a quem se destina a atividade estatal.

Mostrou-se necessário o desenvolvimento deste raciocínio pelo simples fato de que se abordará, neste artigo, uma hipótese na qual será a função jurisdicional, típica do Poder Judiciário, retirada deste órgão e transmitida ao Poder Legislativo, representado em nível federal pelo Congresso Nacional, especialmente no caso em que o réu é o chefe do Poder Executivo federal.

2. BREVE EVOLUÇÃO E MODELOS DE IMPEACHMENT

O sistema de apuração da responsabilidade dos que estão à frente do Poder estatal é importante nas democracias. Na doutrina pátria, Pinto Ferreira já anotava que “a história política sempre assistiu à hostilidade com que se perseguiram homens eminentes, ora com razão, ora por simples mesquinha.” (1998; p. 384)

O impeachment, porém, não é produto do acaso, pois apresentou-se ao longo da História alguns institutos considerados antecessores.

Na doutrina estrangeira, Joseph Story (1833, §742) registra que a prática do impeachment derivou de uma arcaica forma de julgamento realizada no sistema de *common law* dos povos germânicos, sendo também praticados nas antigas repúblicas gregas e romanas. Pondera, contudo, que “na Germânia, e também nas repúblicas Gregas e Romanas, as pessoas eram, ao mesmo tempo, acusadores e juízes; assim, atropelando, desde o início, as melhores garantias dos direitos e das vidas dos cidadãos” (1833, §742).

Naqueles períodos antiquados da história humana algumas formas pelas quais se poderia responsabilizar os agentes públicos por condutas incompatíveis com a função exercida. Mesmo assim, não se pode dizer que havia senão precedentes do instituto do impeachment, o qual viria a ser aperfeiçoado, séculos mais tarde, na Inglaterra.

Poder ser cotejado ao impeachment o ostracismo, praticado nas cidades-Estado da Grécia, por meio do qual o cidadão deveria deixar sua pátria por cerca de dez anos, após ter praticado conduta que transparecesse a imagem de que não era ele digno de lá permanecer. Embora pareça o ostracismo, bem como o exílio, algo sem muita significância dos dias atuais, certo é que, segundo Fustel de Coulanges (1975, p. 161), em clássico estudo sobre o período em comento, a privação da pátria do indivíduo era tida como uma sanção mais severa do que a própria morte, uma vez que, ao ser compelido a abandonar sua pátria, estaria o cidadão deixando para trás também o local onde seus antepassados se encontravam sepultados.

Na Inglaterra, o compilador maior do instituto do impeachment, denota-se uma infundável cizânia entre os autores a fim de se apontar o primeiro caso no qual teria o mecanismo em voga sido utilizado. A maior parte deles, contudo, apontam o caso de 1376, movido em face de Lord Latimer durante o reinado de Eduardo III.

Há todo um embasamento consuetudinário por detrás do funcionamento do instituto do impeachment. É dizer, o fato de a acusação ter de ser admitida pela Câmara dos Comuns, resguardando os Lordes para si a última palavra sobre o caso, não constitui algo aleatório, mas sim plenamente compreensível sob o aspecto jurisdicional vigente na época.¹

De mais relevante, há que se destacar ser o modelo inglês de impeachment processo de verdadeiro caráter criminal, podendo as penas cominadas pela Câmara dos Lordes chegar à prisão do condenado. Posteriormente é que o impeachment inglês passou a ser admitido em moldes políticos, desvincilhados da natureza jurídico-criminal, fato este que levou Rafael Bielsa (1954, p. 482) a sentenciar que a jurisdição

¹ Assim esmiúça João de Oliveira Filho: “Como a Câmara dos Lordes sempre tivera uma jurisdição criminal comum, desde o *Magnum Consilium*, sendo perante ela que, tradicionalmente, se apresentavam as acusações contra os grandes oficiais do Estado, a sua competência para julgar estava admitida. Relativamente à Câmara dos Comuns alegava-se que o direito inglês estabelecia como fundamento de todo processo criminal que a acusação fosse primeiramente admitida por um grande júri, ou o denominado júri de acusação, que se reunia periodicamente em cada condado do reino. No caso a Câmara dos Comuns seria esse grande júri, por ser eminentemente constituída de representantes dos condados. Poderia perfeitamente ser considerada como o grande júri da Inglaterra inteira. (REVISTA FORENSE, Volume 118, 1948, p. 345).”

dos Lordes era criminal, passando, após a superação da fase do *bill of attainder*², a ser de natureza política.

Persistiu, na Inglaterra, o impeachment como procedimento político até cair em total desuso com a instituição do parlamentarismo, podendo-se, neste sentido, afirmar, que aquele se consubstanciou em relevante passo para a construção do novel sistema de governo.

Pode-se destacar, o filósofo Francis Bacon, ocorrido em 1621, sob a acusação de suborno, sendo, posteriormente perdoado pelo rei Eduardo I (GALLO, 1992, p. 7).

Nos Estados Unidos da América, por sua vez, o impeachment é adotado já como mero expediente político, insuscetível de aplicar qualquer sanção penal a autoridade pública por ela alcançada.

A Constituição Norte-Americana dispõe no artigo I, seção 3 que “A pena nos crimes de responsabilidade não excederá a destituição da função e a incapacidade para exercer qualquer função pública, honorífica ou remunerada, nos Estados Unidos.”

Não foi do interesse dos constitucionalistas norte-americanos conferir poderes aos órgãos do Congresso para que estes pudessem impor ao réu do processo de impeachment penas que exorbitassem a natureza política. Preferiram reservar à esfera Judiciária eventual apreciação de conduta cujo reconhecimento criminal pudesse ensejar conseqüências que atingiriam não apenas o ocupante do cargo público, mas a pessoa por trás dela.

3 CRIMES DE RESPONSABILIDADE

Para se cogitar do que se passa no processo e julgamento do Presidente da República pela prática de crime de responsabilidade, são necessários conceitos.

Dá-se o nome de crimes de responsabilidade às infrações perpetradas por determinados agentes públicos que demonstrem a incompatibilidade entre a conduta traçada e a magnitude do cargo ou função ocupada.

² Segundo as lições de Joseph Story (1833, v.3, §1338) os *Bills of Attainder* são atos legislativos especiais, dotados de finalidades como infligir penas capitais a uma pessoa supostamente culpada pela prática de grave conduta criminosa, a exemplo de traição e felonias, sem que se tenha feito, contudo, qualquer procedimento judicial para a apuração da culpa daquela pessoa. Na doutrina pátria, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 159) se refere à espécie normativa em comento pela terminologia “lei condenatória”.

Leciona Alexandre de Moraes:

Crimes de responsabilidade são infrações político-administrativas definidas na legislação federal, cometidas no desempenho da função, que atentam contra a existência da União, o livre exercício dos Poderes do Estado, a segurança interna do País, a probidade da Administração, a lei orçamentária, o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais e o cumprimento das leis e das decisões judiciais. (2007, p. 458)

Do conceito, entende-se que se trata, a despeito da nomenclatura crime, de mera infração de cunho político. O posicionamento perfilha-se ao de Brossard ao se referir à nomenclatura crimes de responsabilidade como expressão contaminada por “sentido equívoco, pois tanto designa infrações políticas, como crimes funcionais” (1992, p. 64).

Ao dizer, que o texto constitucional usa, indiscriminadamente, a expressão “crimes de responsabilidade” para se referir tanto a infrações políticas quanto a verdadeiros crimes funcionais, quer Brossard dizer que, pelo elevado número de vezes que a Constituição faz menção aos crimes de responsabilidade, sem apresentar, contudo, qualquer critério diferenciador de uma para outra vez. Denota-se existir casos nos quais, realmente, a responsabilidade não transcende senão a esfera política (tal como ocorre com os crimes de responsabilidade do Presidente da República, nos moldes do artigo 85), enquanto que, por outro lado, existem casos em que a infração definida pela Constituição como crime de responsabilidade efetivamente tem repercussão penal, amoldando-se, ao delito funcional.

Para Paulo Brossard (1992, p. 66/69), a impropriedade técnica do uso da expressão “crimes de responsabilidade” tem raízes no direito brasileiro imperial, pois que, sob a égide do Código Criminal de 1830, havia a previsão – artigo 308, 1º – segundo a qual o aludido diploma legislativo não se aplicaria “aos crimes de responsabilidade dos Ministros e Conselheiros de Estado, os quais serão punidos com as penas estabelecidas na lei respectiva.” A lei a que se referia o artigo 308, 1º do Código Criminal do Império é a Lei de 15 de outubro de 1827, a qual, convém frisar, foi a primeira espécie normativa do País.

No Direito Imperial, entretanto, não há que se cogitar de erro ou impropriedade técnica na designação crimes de responsabilidade, posto que, influenciado pelo modelo inglês de impeachment, era a responsabilidade, efetivamente, criminal e as penas cominadas dos crimes de responsabilidade poderia chegar à prisão e, inclusive, à morte do agente (GALLO, 1992, p. 31).

Todavia, que, com o advento da República e sua primeira Constituição (1891), o modelo de impeachment adotado passou a ser o norte-americano, de natureza essencialmente política. Mesmo assim, todas as Constituições seguintes até a de 1988, bem como todas as legislações infraconstitucionais que regulamentaram a matéria em obediência aos cânones constitucionais – Lei nº 27 de 1892, Lei nº 30 de 1892 e Lei nº 1.079 de 1950 – continuaram a dizer sobre “crimes de responsabilidade” como se o cunho penal ainda persistisse.

A única razão pela qual ainda se encontra nos textos legais a menção aos “crimes de responsabilidade” é a desídia legislativa, desatenta com a drástica mudança operada na regulamentação do instituto desde 24 de fevereiro de 1891.

O próprio ordenamento parece se contradizer acerca de se considerar as infrações supra como crimes de responsabilidade, porque a Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei nº 3.914 de 9 de dezembro de 1941) determina que apenas pode ser considerado crime “a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa.” (artigo 1º).

Ora, no caso de o Senado Federal condenar o Presidente da República pela prática de uma das infrações previstas no artigo 85, caput, incisos I a VII da Constituição ou, então, em uma das figuras típicas da Lei 1.079/1950, dúvidas não restam, sobretudo por expressa disposição constitucional (artigo 52, parágrafo único), de que a pena a ser imposta pela Alta Câmara não pode ser nada mais do que a perda do cargo e a inabilitação para exercício de outro cargo público por oito anos. Inquestionável é a ausência de caráter criminal daquelas infrações, que de crime nada possuem além do nome.

Dúvidas surgem principalmente em ordenamentos jurídicos nos quais a definição de tais infrações político-administrativas é feita de maneira genérica, a semelhança do que ocorre com a Constituição dos Estados Unidos da América (Artigo II, Seção 4) – ao dispor sobre *other high crimes and misdemeanors* – e da Argentina (Artigo 53), esta quando se refere ao mal desempenho como conduta que enseja o juízo político.

A investigação pelo correto apontamento destas infrações ganhou foco na doutrina americana principalmente quando, na tentativa de impeachment desferida em face do Ministro da Suprema Corte William Orville Douglas, no ano de 1970, o então deputado Gerald Ford, aqui parafraseado, sustentou ser infração passível de impeachment o que quer

que seja assim considerado pela maioria da Câmara dos Representantes em dado momento histórico, pouco importando a natureza da infração. (GERHARDT, 2000, p. 103).

De acordo com o que leciona Michael Gerhardt, as condutas sujeitas ao impeachment “desafiam a especificação, porque repousam nas circunstâncias sob as quais as ofensas ocorreram (incluindo o agente, o foro e o ato ofensivo) e o julgamento político coletivo do Congresso.” (GERHARDT, 2000, p. 106, tradução livre).

No cenário argentino, por sua vez, Eduardo Pablo Jiménez elucida que:

De todos modos, ha interpretado la doctrina y jurisprudencia en forma conteste, que la causal de mal desempeño es comprensiva de aquellos hechos o actos indignos de un funcionario público y que por decoro y respeto a la investidura que ostenta, está obligado a guardar. En suma, el mal desempeño puede ser referido tanto a la impericia técnica como la falta de cualidades éticas para detentar la magistratura superior de que se trate. Entiende Bidart Campos que esta causal de juicio político no puede ser reglamentada, sino evaluada en cada caso por los Diputados y Senadores de la Nación. (2001, p. 167).

De qualquer forma, no direito pátrio, esta formula genérica, mesmo valendo-se de interpretação analógica, nunca foi prestigiada, preferindo-se, ao revés, deixar ao relento da legislação infraconstitucional a missão de precisar o conceito das infrações.

4. RITO PROCEDIMENTAL DO IMPEACHMENT

4.1. INVESTIGAÇÃO

Ainda que não se possa dizer que o impeachment é dotado de natureza criminal, suas feições, indiscutivelmente, assumem esta roupagem, pois qualquer procedimento destinado a aplicar uma sanção à determinada necessita seguir trâmites que em muito se assemelham a *persecutio criminis* regulamentada pelo Código de Processo Penal.

Leciona a doutrina que a persecução criminal é, “o caminho que percorre o Estado-Administração para satisfazer a pretensão punitiva”, pode ser dividida em três momentos distintos, quais sejam: investigação preliminar, ação penal e execução penal. (MOUGENOT, 2009, p. 98).

Embora não previsto na Constituição expressamente no que concerne ao impeachment, é lógico deduzir que a denúncia apresentada em face do Presidente da República diante da Câmara dos Deputados tenha resultado de alguma espécie, ainda que rudimentar, de atividade investigativa.

Na persecução penal a atividade de investigação é realizada pela Polícia Judiciária, valendo-se da do inquérito policial, que encontra disciplina nos artigos 4º a 23 do Código de Processo Penal (decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941).

Esta atuação da Polícia Judiciária decorre do comando constitucional (artigo 144, §4º), que lhe confere, ressalvadas as competências da União e as de seara militar.

Portanto, não incumbe-se à Polícia Judiciária da investigação da prática de crime de responsabilidade, que apesar da nomenclatura, pois não têm estas infrações a natureza propriamente dita de crime, não passando de mera infração política.

Sendo infração política, assim, estão os “crimes de responsabilidade” fora do âmbito de trabalho constitucionalmente dirigidos à Polícia Judiciária.

A única hipótese em que se possibilitaria aproveitar as investigações feitas pela Polícia Judiciária para perseguir o Presidente da República na seara política seria o caso de haver coincidência entre a mesma conduta perpetrada: infração penal e política.

Como se buscou demonstrar no comentário aos “crimes de responsabilidade”, embora possa haver esta coincidência entre os juízos criminal (exercido pelo Poder Judiciário) e político (exercido pelo Congresso Nacional), o *indictment* e o *impeachment* não se confundem. São instituições diversas cujas finalidades também miram alvos diferentes.

A atribuição direta, portanto, da Polícia Judiciária para investigar infrações penais não engloba os impropriamente ditos “crimes de responsabilidade”. Excluída a autoridade policial, persiste a dúvida acerca de quem estaria legitimado.

Uma alternativa para o caso seja a investigação feita pelas Comissões Parlamentares de Inquérito. Para José Wanderley Bezerra Alves, as comissões são: “o órgão colegiado, constituído *ad hoc*, por qualquer das Câmaras ou com caráter misto, destinado, nos limites da Constituição

e das leis, por prazo certo, a investigar fato determinado, de relevado interesse público, presumivelmente irregular.” (2004, p. 116).

O dispositivo constitucional que contempla a utilização das Comissões Parlamentares de Inquérito é o artigo 58, §3º, cuja redação³ Alexandre de Moraes taxa como sendo “extremamente lacônica e imprecisa, uma vez que no ordenamento jurídico brasileiro inexistente, em regra, o juiz-investigador.” (2007, p. 401).

A uma única cautela, pois, pois as Comissões Parlamentares de Inquérito para a apuração de “crimes de responsabilidade”, não podem violar direitos e garantias conferidos aos cidadãos. No caso Collor de Mello, a Comissão Parlamentar de Inquérito foi constituída tanto por deputados como por senadores, vale dizer, tinha natureza mista.

Neste aspecto, de incongruência que deveria ter sido evitada, eis que, embora político o juízo responsável pelo julgamento do impeachment, seria mais coerente com as garantias típicas da Constituição Cidadã não permitir que tomassem parte das investigações aqueles que posteriormente apreciariam o mérito de eventual infração naquela fase apurada.

4.2 DENÚNCIA NA CÂMARA DOS DEPUTADOS

Dispõe a Constituição, em seu artigo 51, inciso I, competir privativamente à Câmara dos Deputados “autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado.”

A legislação autoriza a qualquer cidadão o oferecimento de denúncia, pela prática de crime de responsabilidade, em face do Presidente ou Ministro de Estado perante a Câmara dos Deputados (artigo 14 da Lei 1.079/1950), tal como efetivamente se deu no caso Collor de Mello, no qual a denúncia foi oferecida pelos então Presidentes do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e da Associação Brasileira de Imprensa.

Para Michel Temer o indivíduo deve ser brasileiro e “estar no gozo de seus direitos políticos. A acusação da prática de crime de responsabilidade

³ § 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

diz respeito às prerrogativas da cidadania; do brasileiro que tem o direito de participar dos negócios políticos.” (2008, p. 168).

O endereçamento da peça deve ser dirigido ao Presidente da Câmara dos Deputados. Referida peça, necessariamente, nos moldes do artigo 16 da Lei dos Crimes de Responsabilidade, deve, além de estar assinada pelo denunciante com reconhecimento de firma, restar instruída com os documentos reclamados pela comprovação da veracidade do que se alega, havendo, um possível rol de testemunhas, em número igual ou superior a cinco.

As exigências legais visam garantir um mínimo de ordem necessária na *delatio* das condutas potencialmente caracterizadoras de infração política, já que, se permitida fosse, por exemplo, a delação sem identificação dos denunciadores, dúvidas não emergiriam quanto à descomedida atuação que se possibilitaria àqueles que não sustentassem vínculos de simpatia com o ocupante do cargo presidencial. Trata-se, pois, de formalismo essencial.

Com o recebimento da denúncia, o que não significa que a Câmara a tenha aceito como procedente, mas tão-só que reunidos estão os requisitos para sua deliberação em plenário, reza a Lei dos Crimes de Responsabilidade (artigo 19 e seguintes) dever ser convocada uma comissão especial a ser composta por representantes de todos os partidos com bancada na Casa, observada, logicamente, a proporcionalidade de cada um.

A autoridade denunciada, segundo preconiza o artigo 218, §4º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, será cientificada do recebimento da peça delatora, franqueando-lhe prazo de dez sessões para se manifestar sobre aquela.

Decorridas, no máximo, cinco sessões depois de apresentada a manifestação da autoridade denunciada, ou, então, após ter-se transcorrido *in albis* o prazo lhe facultado para pronunciar-se sobre a denúncia, a Comissão Especial da Câmara emitirá parecer sobre a conveniência do acolhimento ou da rejeição da denúncia lhe submetida. (artigo 218, §5º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados), o qual, posteriormente, será lido ao Plenário da Casa, publicado integralmente em Diário Oficial e, por fim, após passadas quarenta e oito horas de sua publicação, submetido a debate e votação na presença da totalidade dos representantes.

A votação, conforme determina a Lei 1.079/1950 (artigo 23, caput), será nominal. No caso Collor de Mello, pretendeu a defesa do presidente

denunciado que a votação fosse realizada em escrutínio secreto, tese esta que restou fracassada.

O quorum para aprovação da denúncia da Câmara dos Deputados, neste sentido desvencilhando-se em parte da orientação da Constituição dos Estados Unidos da América, é de dois terços de todos os seus membros. Na Constituição norte-americana, ao revés, o quorum de dois terços apenas é exigido para a condenação no Senado, de modo que, para a abertura de impeachment, basta a aprovação pela maioria simples dos votos presentes, possibilitando-se, assim, que sejam aprovados artigos de impeachment mediante apertada margem de diferença, tal como se deu com os dois intentados em face do Presidente William Jefferson Clinton – 228 (duzentos e vinte oito) votos a favor e 206 (duzentos e seis) votos contrários por mentir sob juramento; 221 (duzentos e vinte um) votos a favor e 212 (duzentos e doze) votos opostos à acusação de obstrução à justiça.

Sobre o quorum de votação, relevantes foram as mudanças notadas por Fabio Konder Comparato ao longo da história constitucional pátria: “desde a Constituição de 1967, elaborada sob a influência dos militares que tomaram o poder no golpe de Estado de 1964, a maioria necessária para o impeachment do presidente, que à semelhança dos EUA era de maioria simples, foi modificada para maioria absoluta.” (2000, p. 116).

Percebe-se, assim, mais uma vez a influência dos governos anti-democráticos no enrijecimento das bitolas do impeachment presidencial brasileiro, medida esta que, aliás, era de todo ilusória na Carta Política de 1967.

Alcançada a autorização da Câmara dos Deputados para o processamento do Presidente da República, mediante o voto de 2/3 (dois terços) de seus membros, não pode o Senado Federal se recusar a instaurar o processo político em face da mencionada autoridade executiva. Para José Afonso da Silva (2009, p. 551), o artigo 86 não deixa ao Senado Federal a “possibilidade de emitir juízo de conveniência de instaurar ou não o processo, pois que este juízo de admissibilidade refoge à sua competência e já fora feito por quem cabia.”

Destarte, após a autorização da Câmara dos Deputados, a única forma do Presidente da República não sofrer as conseqüências legais do impeachment será obter a absolvição no plenário do Senado Federal depois de, obviamente, ter tramitado o processo político em comento de acordo com todos os trâmites previstos na Carta da República e na legislação infraconstitucional aplicável (Lei 1.079/1950 e Regimentos Internos das Casas do Congresso Nacional).

4.3 JULGAMENTO NO SENADO FEDERAL

De se registrar, *ab initio*, que, com o provimento da denúncia por parte da Câmara, resultando na remessa ao Senado Federal para que este instaure o processo e julgamento do impeachment, determina a Lei Maior (artigo 86, §1º, II) que o Presidente da República ficará, tão logo seja o processo instaurado na Alta Câmara, automaticamente afastado de suas funções pelo período de 180 (cento e oitenta) dias. Trata-se do tempo considerado razoável pelo constituinte para que seja instaurado, instruído e julgado o processo visando à apuração da responsabilidade presidencial, de modo que, ultrapassado este prazo sem que esteja concluído o julgamento perante o Senado Federal, estará o Presidente da República autorizado a voltar ao seu cargo, o que não significa, contudo, que cessará o julgamento (artigo 86, §2º da Constituição Federal).

Não fosse esta limitação do afastamento presidencial em 180 (cento e oitenta) dias, poder-se-ia dizer que o Senado apenas estaria exercendo um juízo de ratificação.

O afastamento do Presidente da República, percebe-se, tão logo seja o processo instaurado no Senado Federal, visa garantir que a autoridade ré não se valha da inegável influência que detém a fim de influir no resultado do *trial*. Cuida-se, deste modo, de regra constitucional que anseia pela manutenção – ou, ao menos, a não completa deturpação – do equilíbrio e imparcialidade que se espera dos senadores ao conduzirem o feito, tal como já aduzido pelos federalistas quando do apontamento do Senado como o órgão melhor investido da autoridade de julgar impeachments. (vide, HAMILTON, MADISON e JAY, 2003, p. 395).

Concomitantemente ao recebimento da autorização da Câmara, será o referido documento lido no “Período de Expediente da sessão seguinte” do Senado Federal, ocasião em que, ainda, se elegerá uma Comissão, integrada por um quarto dos membros da Casa, obedecida, igualmente, a proporcionalidade das representações, a qual caberá o processamento da pretensão impeditiva (artigo 380, incisos I e II do Regimento Interno do Senado Federal).

O encerramento das atividades da Comissão se dará ao emitir libelo acusatório, anexado aos autos existentes e encaminhado ao Presidente do Senado Federal, que remeterá todos estes documentos, em original, ao Ministro-Presidente do Supremo Tribunal Federal, responsável por presidir a sessão de julgamento do Chefe do Executivo da União – em obediência ao comando do artigo 52, parágrafo único da Constituição da

República –, designando-se, desde logo, a data em que isto ocorrerá. (artigo 380, III do Regimento Interno do Senado Federal).

A convocação do *Chief Justice* do Poder Judiciário Brasileiro se justifica pela cautela que o constituinte esboçou em manter a legalidade dos atos praticados durante a sessão de julgamento. Muitos defendem o Senado Federal como o órgão mais adequado ao julgamento dos impeachments, embora não completamente alheio às paixões políticas inerentes a estrutura do impeachment, razão pela qual bem fez a Carta Magna em seguir a orientação de convocar o Ministro-Presidente da Excelsa Corte com o fim de nortear os procedimentos destinados à apreciação do mérito da causa.

A autoridade acusada tomará ciência das alegações contra si intentadas e da data em que deverá comparecer à sessão de julgamento mediante notificação – feita pelo Primeiro-Secretário de acordo com o artigo 380, IV do Regimento Interno do Senado Federal, enquanto a Lei 1.079 de 1950, em seu artigo 24, caput, confere esta tarefa ao Presidente da Alta Câmara –, sendo-lhe, também, entregues cópias autenticadas do processo e do libelo, nos termos do artigo 380, IV do Regimento Interno do Senado Federal.

A sessão de julgamento será iniciada com a leitura dos documentos resultantes da atividade iniciadora da Câmara dos Deputados, do libelo acusatório feito pela Comissão do Senado Federal especialmente designada para este encargo e, por fim, das matérias de defesa trazidas à baila pelo Presidente da República e seus advogados (artigo 27 da Lei 1.079/1950).

Em seguida, serão tomados os depoimentos testemunhais a serem realizados “publicamente e fora da presença umas das outras.”

A Lei dos Crimes de Responsabilidade confere à autoridade acusada, requerer o endereçamento de perguntas às testemunhas, bem como participar dos debates orais feitos com a Comissão acusadora, debates estes que não poderão ultrapassar o período de duas horas (artigos 28 e 29 da Lei 1.079 de 1950). Aí reside, como se vê, outra peculiaridade do processo político, já que, na esfera judicial, o acusado apenas poderia fazer sua auto-defesa se dotado fosse de capacidade postulatória.

Terminados os debates orais, serão as partes retiradas do areópago, abrindo-se aos senadores um período para debaterem entre si o “objeto da acusação” (artigo 30 da Lei 1.079 de 1950). Em seguida, caberá ao Presidente do Pretório Excelso a confecção de relatório sintetizando todas as provas que se produziram e todos os argumentos invocados tanto pela acusação como pela defesa. (artigo 31 da mesma Lex).

Melhor seria, por outro lado, que a produção do relatório pelo *Chief* do Poder Judiciário brasileiro fosse feita antes de os senadores – que serão os juízes do caso – discutirem entre si o objeto litigioso, já que, com síntese do que se processou até o momento, estariam os pontos controvertidos fixados com maior exatidão.

Finalmente, após o relatório, o caso é submetido à votação dos senadores federais, exigindo-se o quorum de dois terços para a condenação da autoridade presidencial, nos moldes do que reza o artigo 52, parágrafo único da Constituição da República, sendo plenamente válida a advertência feita por José Cretella Júnior, para quem “devem os julgadores zelar para que esteja presente o *due process of law*.” (1992, p. 17).

A relevância deste quorum, segundo leciona Carlos Maximiliano, é que “a sorte do acusado não fica à mercê de maioria partidária e quiçá ocasional.” (1948, p. 107).

Sobre a apreciação do conjunto fático-probatório pelos senadores, é mister dizer que não há qualquer dispositivo de lei impondo àqueles, quando do julgamento de impeachment, o dever de fundamentar os seus votos, contentando-se a Constituição Federal em exigir o voto de “dois terços do Senado Federal” para condenação da autoridade executiva (artigo 52, parágrafo único). Os membros da Alta Câmara podem apreciar livremente as provas produzidas na sessão de julgamento, prescindindo-se de exposição de motivos por ter votado pela absolvição ou condenação do Presidente da República.

Malgrado seja julgamento que escape à esfera judicial, trata-se, igualmente, de exemplo no qual o sistema de apreciação de provas utilizado é o da convicção íntima, estando os julgadores, *in casu*, os integrantes do Senado Federal, isentos do dever de fundamentação comum aos membros do Poder Judiciário, que tem esta função por sua *ratio essendi*.

5 RENÚNCIA PRESIDENCIAL

Questão polêmica que sempre se discutiu nos procedimentos de impeachment era se a renúncia do denunciado à Presidência da República obstaria o andamento do feito, ou, ao revés, meramente prejudicaria eventual aplicação da pena de destituição do cargo.

Paulo Brossard leciona que “o término do mandato, por exemplo, ou a renúncia ao cargo trancam o impeachment ou impedem a sua instauração.

Não pode sofrê-lo a pessoa que, despojada de sua condição oficial, perdeu a qualidade de agente político.” (1992, p. 134/135).

Esta particularidade é explicada por Brossard através da natureza política do procedimento, que mais uma vez não pode ser confundido com processo judicial, notadamente de cunho criminal, em que se busca a imposição de pena ao agente político que houver infringido determinado tipo penal, lesando o erário e a fé pública nele depositada. (1992, p. 135/136).

Assim, quando criminal a natureza do processo, obviamente que a renúncia do denunciado não pode pôr óbices ao seguimento daquele, caso contrário a impunidade seria latente. Não por outro motivo é que, no direito brasileiro imperial, havia expressa disposição neste sentido (Lei de 15 de outubro de 1827, artigo 60⁴), posto que, inegavelmente, criminal era a sua natureza jurídica.

Poder-se-ia argumentar que o trancamento do processo de impeachment por conta da renúncia presidencial gera a sensação de impunidade perante os cidadãos do Estado crise, bem como não possibilitaria que o Senado Federal aplicasse eventual pena de inabilitação por oito anos, tal como preceitua a *Lex Mater* em seu artigo 52, parágrafo único. Realmente, isto não se ignora. Todavia, há de ser lembrado que, tão logo volte a autoridade renunciante a ocupar outro cargo público, pode o processo de impeachment, outrora trancado, ser reaberto.

Para Carlos Maximiliano, “é afastar do Governo ou do Tribunal um elemento mau.” (1948, p. 111). Sendo assim, caso este elemento volte a figurar dentro dos quadros corporativos da máquina pública, nada impede que aquele processo seja restaurado, vez que se destina a banimento do gênero de função em apreço, despiendo da perquirição de quanto tempo se passou, na medida em que “os conceitos de prescrição ou de reincidência não são pertinentes ao processo político.” (BROSSARD, 1992, p. 138).

Neste sentido, Carlos Maximiliano completa que o impeachment “não se instaura contra o renunciante, porém atinge o reconduzido.” (1948, p. 111).

Modernamente, Celso Ribeiro Bastos (1995, p. 158 e 159) exprime preferência pelo trancamento do processo de impeachment em caso de

⁴ Assim rezava o citado dispositivo: “Quando o denunciado ou acusado já estiver fora do ministério ao tempo da denúncia ou acusação, será igualmente ouvido pela maneira declarada nas duas sessões do cap. 3º, marcando-se-lhe prazo razoável para resposta e cumprimento.”

renúncia do Presidente da República, apoiando-se, dentre outros nomes, na doutrina de Paulo Brossard.

Como advertido, todavia, forte e respeitável é a doutrina que advoga pela ineficácia da renúncia em relação a obstar os procedimentos de impeachment e seu julgamento (neste viés, MURICI, 1993, p. 147/149; SARAIVA, 1993, p. 171/173; KOMPARATO, 1993, p. 179/182).

Com efeito, sustenta a Ministra do Supremo Tribunal Federal Carmem Lúcia Antunes Rocha posição mais equilibrada em relação ao tema, traçando linha divisória para que possa cogitar da eficácia obstativa da renúncia do Presidente da República. Segundo o que leciona, a renúncia impossibilita a instauração do processo de impeachment na Câmara dos Deputados, em conformidade com o que reza o artigo 15 da Lei nº 1.079/1950, mas, uma vez aprovada a denúncia contra a autoridade executiva – é dizer, depois de ocorrido o impeachment propriamente dito –, o ato unilateral do defendente não é idôneo a fazer com que ele se esquive do julgamento pelo Senado Federal. (1993, p. 160 e 161).

Emblemático caso nos Estados Unidos da América sobre a renúncia presidencial em processo de impeachment foi o protagonizado pelo Presidente Richard M. Nixon, o qual renunciara após a Comissão Judiciária da Câmara dos Representantes ter aprovado três artigos de impeachment contra si, os quais seriam posteriormente encaminhados à votação em plenários pelos deputados norte-americanos.

No caso Nixon, postulou-se que sua renúncia teria, sim, o condão de interromper os procedimentos de impeachment que contra eles se iniciavam. Um dos poucos casos em que a Câmara dos Representantes tentou levar adiante o processo de impeachment após a renúncia do defendente foi o caso do Secretário de Guerra William Belknap. Trata-se, contudo, de experiência isolada no direito estadunidense e que, segundo, Paulo Brossard, “é quase pacífico, não constitui precedente que infirme esta regra [a de que a renúncia não obsta o andamento do impeachment]” (1992, p. 135), ainda mais porque, como lembrado por Carlos Maximiliano, no julgamento do impeachment de Belknap, o Senado dos EUA o absolveu por entender que não tinha competência para julgar a autoridade renunciada. (1948, p. 111).

Como informa Michael Gerhardt, afora o caso Belknap e o do Senador William Blount (este de 1797, sendo o primeiro caso em que os mecanismos do impeachment foram manuseados nos Estados Unidos da América), todos os demais casos de impeachment em que o denunciado

renunciou ao cargo não foram levados adiante pelo Congresso Norte-Americano, atitude esta que é contestada pelo doutrinador, quem a vê como “formidável obstáculo para qualquer tentativa futura de iniciar um processo de impeachment contra oficiais de tais categorias.” (2000, p. 79).

No sentir do autor, não deveriam haver obstáculos a que uma autoridade fosse ré em processo de impeachment mesmo após sua saída do cargo, dentro da qual pode-se entender estar agrupada a renúncia. É dizer, defende Gerhardt que, mesmo aqueles que, por algum motivo, deixaram o cargo cuja responsabilidade poderia ser apurada mediante o processo político não estão livres do aludido instituto. Trata-se do que o autor chama de *postresignation impeachment* (2000, p. 79).

Ainda na doutrina norte-americana, pode ser apontado dentre os defensores de que a renúncia não obste ao procedimento de impeachment, *ad exemplum*, Laurence Henry Tribe (1988, p. 290).

6 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO PROCESSO DE IMPEACHMENT

A Constituição Federal afasta do Poder Judiciário a missão de dizer o Direito no caso de ser o Presidente da República acusado da prática de crime de responsabilidade. Determina a Lei Maior, pois, que nesta hipótese deverá o Chefe do Poder Executivo Federal ser submetido a processo e julgamento perante o Senado Federal, depois de obtida a determinação da Câmara dos Deputados, mediante o voto de pelo menos dois terços de seus membros, para assim proceder.

Pelos aludidos motivos é que não mais titubeia a doutrina em afirmar que o impeachment do Presidente da República representa, em verdade, um procedimento de natureza política, eis que alheio à cognição judicial, sendo, outrossim, integralmente realizado em âmbito congressual e, não raras vezes, impulsionado pelas paixões políticas.

Desta forma, intensamente se discute sobre qual seria a função exercida pelo Poder Judiciário neste processo. É indagar, seriam os membros do Poder tipicamente dotado da nobre missão de resolver conflitos no meio social meros espectadores das deliberações do Congresso, ou teriam aqueles membros, ao revés, o poder e o dever de interferir para o lícito andamento do impeachment presidencial?

A fim de bem determinar a função exercida pelo Estado-juiz perante um processo de impeachment, em princípio, insta mencionar que a própria

Constituição da República, quando da dicção das linhas mestras dos procedimentos do impeachment presidencial, determinou que a sessão de julgamento no Senado fosse presidida pelo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal (artigo 52, parágrafo único). Desta forma, ainda que seja o órgão julgador composto por agentes políticos (senadores), serão os atos executados sob a presidência do Chefe do Poder Judiciário no Estado brasileiro, razão pela qual diz-se tratar o Senado, nesta especial ocasião, de “Tribunal político de colegialidade heterogênea.” (MORAES, 2007, p. 493).

Note-se, assim, que o Poder Judiciário não permanece estranho aos procedimentos do impeachment presidencial, vez que seu *Chief* atua presidindo a sessão de julgamento na Alta Câmara. Cumpre deixar claro, por outro lado, que a função do Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal se limita a conduzir os procedimentos, de maneira a resguardar para que não se verifique qualquer violação de preceitos legais ou constitucionais, não podendo, exatamente por isso, interferir no mérito do julgamento – por exemplo, sopesando provas –, haja vista que foi da vontade da Constituição reservar tal incumbência, exclusivamente, aos membros do Poder Legislativo.

Afora o papel de maestro do Ministro Presidente, perquire-se, outrossim, a existência de outra hipótese em que estaria o Poder Judiciário autorizado a intervir no processo de apuração da responsabilidade política. Com efeito, aumenta-se o grau de discussão a partir do instante em que a Carta Magna de 1988 garante que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (artigo 5º, XXXV).

Ora, em face desta disposição constitucional, inserida no rol de garantias fundamentais que não podem ser supridas do Texto Magno (artigo 60, §4º, IV), naturalmente se leva a concluir que toda e qualquer lesão ou ameaça a direito pode ser submetida ao crivo assecuratório do Poder Judiciário, pouco importando a esfera na qual se deu a aludida importunação.

Neste sentido, Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz assevera que “considerando-se o disposto no art. 5º, XXXV, da CF, é impossível excluir-se do exame do Poder Judiciário qualquer lesão a um direito individual, inclusive aquelas que têm origem no processo de impeachment.” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, Volume 695, p. 262).

Impulsionado por tais argumentos, o Pretório Excelso, em mais de uma oportunidade, reiterou sua convicção de que apenas poderia interferir no processo de impeachment na hipótese de se ter alegado a ocorrência de

vício formal, isto é, relativo aos trâmites procedimentais, sem nada poder dizer a respeito do mérito do julgamento, pois que refoge à sua competência. Assim, por exemplo, Mandado de Segurança (MS) nº 1.959, Relator Eminentíssimo Ministro Luís Gallotti e o Recurso em Mandado de Segurança (RMS) nº 10.138-PR, Relator Eminentíssimo Ministro Henrique D'Ávila.

Em decisão mais recente, na qual o Ex-Presidente da República Senhor Fernando Affonso Collor de Mello, também em sede de Mandado de Segurança – nº 21.689-1 –, buscava a reapreciação do mérito do julgamento parlamentar pelo Supremo Tribunal Federal, especificamente que anulasse a condenação em virtude de ter o então Presidente da República renunciado ao cargo, esta Egrégia Corte se manifestou pela impossibilidade de rever o objeto da causa decidida pelo Senado Federal, posicionando sua jurisprudência, como já o havia feito antes, por não poder adentrar em nada além de questões de ordem formal nas quais exista violação de garantia prevista em lei ou na Constituição Federal.

Assim, segundo sustentou o Relator Ministro Paulo Brossard em seu voto, o fundamento que entende adequado para retirar esta possibilidade do âmbito de conhecimento do Supremo Tribunal Federal não é a comumente invocada, sobretudo na doutrina norte-americana, questão política, a qual torna impossível ser o feito apreciado pelo Poder Judiciário, mas sim se tratar de caso em que a Carta Magna, expressamente, reservou a jurisdição a outro órgão, alheio à estrutura judiciária do Estado, já que “não fora assim e a última palavra, direta ou indiretamente, seria dada pelo STF e não pelo Senado.” (REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, Volume 167, 1999, p. 866).

Vale dizer, em que pese a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, fato é que o Poder Judiciário apenas pode atuar, em sede de impeachment, com vistas a salvaguardar eventuais direitos subjetivos postos em xeque por parte dos membros do Poder Legislativo quando da condução dos procedimentos. Por outro lado, não é árduo imaginar que se trata de hipótese do mais alto grau de dificuldade de ocorrência, haja vista que, ao menos no caso de impeachment presidencial, será o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal quem presidirá a sessão de julgamento no Senado, com a ilustre missão de zelar pela legalidade e constitucionalidade dos atos.

Desta forma, se existem atos parlamentares, em se tratando do processo de impeachment, que não terão a fiscalização concomitante do Poder Judiciário, serão apenas os praticados pela Câmara dos Deputados quando da emissão do juízo autorizativo – o qual, no bem da verdade,

vincula o Senado Federal a instaurar o processo político – posto que, ao ser inaugurado o feito no Senado, terá o Chefe do Poder Judiciário assento obrigatório à frente da condução dos procedimentos.

Na doutrina norte-americana, renomadas autoridades contemporâneas defendem a necessidade de intervenção judicial no processo de impeachment a fim de resolver eventuais controvérsias entre o Congresso e o Presidente, máxime porque o arbitramento judicial seria “the least disruptive of solutions.” (BERGER, 1974, p. 300).

Outra questão polêmica nos meios doutrinários é saber se a decisão legislativa encontra-se ou não sujeita a revisão judicial. Embora pareça, em um primeiro momento, que esta discussão se confunde com a anterior – interferência judicial no processo de impeachment – fica mais claro considerá-las individualmente, sem se olvidar, contudo, de que esta é uma consequência direta e necessária daquela.

Caso na jurisprudência Estados Unidos da América foi o do juiz federal Walter Nixon. No ano de 1989, Walter Nixon foi acusado de ter influenciado no resultado de um júri no qual figurava como réu o filho de Wiley Fairchild, ex-sócio seu no ramo dos negócios. Segundo o que se apurou, o juiz Nixon havia, a pedido de Fairchild, conversado com o promotor do caso que, também sendo conhecido do magistrado a longa data, não se empenhou em levar a acusação em diante.

A Câmara dos Representantes dos EUA votou pelo impedimento de Nixon, instaurando-se processo e julgamento no Senado, onde foi decretada sua remoção do cargo.

Em 1992, contudo, Walter Nixon recorreu à Suprema Corte dos Estados Unidos da América, questionando o alcance do verbo “to try” que concede o poder de julgar os impeachments ao Senado Norte-Americano. Argumentou Nixon sobre a prática adotada pelo Senado, na ocasião, de criar uma comissão especial para colher as provas testemunhais e seu próprio depoimento, a fim de não comprometer o plenário da Casa, que tinha outras deliberações para tratar. (US SENATE, s.a., s.p.).

O órgão máximo do Poder Judiciário norte-americano, então, rejeitou, com voto de seis dos nove *justices*, a ação intentada por Nixon sob o argumento de que se tratava a matéria de questão política insuscetível de ser apreciada judicialmente. Dos três votos contrários, Justice White, acompanhado pelo voto de Justice Blackmun, ponderou que a questão poderia, sim, ser conhecida judicialmente, embora considerasse

possuir o Senado ampla discricionarietà para determinar as normas procedimentais a serem adotadas (GERHARDT, 2000, p. 119).

Justice Souter, por sua vez, entendeu que, apesar de realmente se tratar de questão de ordem política, a sua impossibilidade de ser levada ao exame judiciário deveria ser feita casuisticamente, posto que, caso a condenação parlamentar adviesse, por exemplo, “upon a summary determination that the official was a ‘bad guy’, ..., ‘judicial interference might well be appropriate’.” (GERHARDT, 2000, p. 120).

Ainda no diapasão do decisório pronunciado pela Suprema Corte norte-americana, convém salientar alguns dos motivos pelos quais esta entendeu ser inviável a revisão judicial dos julgamentos de impeachment, dentre os quais merecem destaque os seguintes fundamentos: “a atitude conflitaria com a opção dos constituintes em alocar em diferentes órgãos a competência para julgar impeachments daquela para julgar crimes; causaria distúrbio no sistema de freios e contrapesos, sob o qual o impeachment é o único freio legislativo em relação ao Poder Judiciário.” (GERHARDT, 2000, p. 119).

Do pronunciamento acima, denota-se que a Suprema Corte norte-americana está calcada pelo nítido entendimento acerca do qual o impeachment funda-se em pretensão de natureza exclusivamente política, não havendo razão, destarte, para que seja o mérito apreciado por tribunais judiciários, eis que a Constituição de 1787 reservou a estes a competência para julgar eventuais crimes cometidos por qualquer pessoa – inclusive as autoridades sujeitas ao impeachment – sem nada dizer, contudo, acerca de quando aquelas autoridades cometessem atos que, apesar de serem indecorosos com a magnitude da função exercida, não chegassem a despertar a atenção do legislador penal.

Reforça-se aqui, mais uma vez, o intervalo existente entre as infrações penais – crime ou contravenção penal, no caso do direito penal brasileiro – e as infrações políticas, as quais, sobretudo no ordenamento jurídico norte-americano, não possuem tipicidade estrita, sendo mais bem definidas pelo próprio órgão legislativo na situação concreta. Este um dos argumentos, inclusive, suscitados pelo Relator Ministro Paulo Brossard, no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do já mencionado Mandado de Segurança nº 21.689-1. Apreciando a pretensão deduzida pelo Ex-Presidente da República Collor de Mello, a conclusão a que chegou o Pretório Excelso foi a de que, não obstante haja entendimento segundo o qual a renúncia obstaría o julgamento do pedido de impeachment, também haveria de ser reconhecida a presença de notável orientação em sentido contrário,

cabendo a opção de adotar um ou outro entendimento exclusivamente ao Senado Federal Além disso, o Relator ainda fez questão de mencionar trecho de sua clássica monografia na qual se postulou que “a própria exegese e construção das cláusulas constitucionais referentes ao impeachment são feitas pela Câmara e pelo Senado, porque as questões a ele referentes não chegam aos tribunais.” (BROSSARD, 1992, p. 151).

A tese esposada pelo Supremo Tribunal Federal, através do voto de Brossard, quanto à ampla liberdade parlamentar no que diz respeito às orientações agasalhadas para conduzir o impeachment, encontra guarida também na doutrina norte-americana, pois segundo o que ensina Michael Gerhardt, comentando o caso *Nixon v. United States*:

Nixon recognized that in the area of impeachment, Congress may make constitutional law – that is, make judgments about the scope and the meaning of its constitutionally authorized impeachment function – subject to change or overturning only if Congress later changes its mind or by a constitutional amendment (2000, p. 118).

As lições do citado doutrinador demonstram que, em se tratando de infração política, ampla é a discricionariedade do Poder Legislativo para interpretá-las. A justificativa para tanto, mormente no caso dos Estados Unidos da América, é a de que a Constituição daquele país, em seu Artigo II, Seção 4, dispõe ser cabível o impeachment “em casos de traição, suborno, e em outros grandes crimes e faltas graves.” (BROSSARD, 1992, p. 46).

Dizer se uma determinada conduta se enquadra ou não no contexto da expressão “grandes crimes e faltas graves” (do original: *high crimes and misdemeanors*) apenas será feito casuisticamente, daí outra peculiaridade da atuação política que não pode ser transferida ao âmbito judiciário, eis que os crimes e demais infrações penais com as quais devem os juízes lidar hão de se revestir, necessariamente, como própria garantia de um Estado de Direito, de previsão típica de caráter anterior e, sobretudo, taxativo.

Conforme o arremate de Brossard, “o *impeachment*, processo político, não é coextensivo ao *indictment*, processo criminal, porque não existe a necessária correspondência entre infrações políticas e infrações penais.” (1992, p. 47). Este mesmo autor, homenageando a distinção entre as esferas e as infrações políticas e criminais, ainda registra que a doutrina é quase unânime em dizer os fatos autorizadores de impeachment segundo o direito constitucional norte-americano sequer precisam “ser penalmente puníveis.” (1992, p. 46).

Não por outro motivo, a Suprema Corte norte-americana, ainda no caso *Nixon v. United States*, sentenciou que o verbo “to try”, cujo alcance era questionado pelo impetrante, carecia da precisão exigida por uma questão constitucional para que pudesse ser conhecida judicialmente (GERHARDT, 2000, p. 119).

Como bem percebe o Professor Michael Gerhardt, a partir do eminente caso de *Nixon v. United States* possibilitou-se a construção, no meio acadêmico norte-americano, de três linhas de pensamento sobre a possibilidade de o Poder Judiciário rever ou não as decisões oriundas do Senado dos Estados Unidos.

A primeira delas é a que permite ao Poder Judiciário rever as decisões congressuais que violarem explícitas restrições constitucionais ao poder de impeachment. No caso de Walter Nixon, a Suprema Corte, expressamente, apontou a existência, exemplificativa, de quatro destas cláusulas restritivas do poder de impeachment, a saber: a divisão entre a Câmara e o Senado no que concerne aos juízos de admissibilidade e julgamento, respectivamente; a votação de, no mínimo, dois terços dos membros do Senado para que possa ocorrer a condenação; necessidade dos membros do Senado prestar juramento; necessidade do Juiz Presidente da Suprema Corte presidir a sessão de julgamento no Senado em se tratando de impeachment presidencial. (GERHARDT, 2000, p. 124).

O problema desta primeira corrente, segundo Gerhardt, é que existem outras limitações constitucionais ao poder de impeachment do Congresso, de sorte que, fora das cláusulas apontadas pela Suprema Corte no caso de Walter Nixon, nem sempre é fácil a tarefa de identificá-las. (2000, p. 125).

Uma segunda orientação, endossada pelo próprio Gerhardt, seria a de que nenhuma reclamação acerca do resultado do julgamento de impeachment poderia ser conhecida pelo Poder Judiciário. Um de seus argumentos seria o de que, mesmo quando o Poder Judiciário atuasse em virtude de uma restrição constitucional ao poder de impeachment não ter sido respeitada, acabaria, em última análise, comprometendo a eficácia do procedimento como único contrapeso legislativo em relação ao Poder Executivo e à eventual abuso de poder judicial (2000, p. 125). Ainda segundo o autor, quando a Suprema Corte rejeitou o pedido postulado por Walter Nixon, enfatizou que “a única função do processo de impeachment como o único freio legislativo sobre o Poder Judiciário estaria eviscerada por uma revisão judicial” (2000, p. 126), sem especificar se esta destruição da função do impeachment seria autorizada mesmo que por ventura do envolvimento de restrição constitucional ao aludido poder congressual. É

dizer, ante a ausência de especificação do julgado da Suprema Corte, entende o autor que toda e qualquer caso de revisão judicial, ainda que em ocorrendo violação de norma constitucional que visa à restrição do poder de impeachment, não seria bem-vindo, posto que afetaria a eficácia do procedimento em tela enquanto contrapeso legislativo em relação aos demais Poderes do Estado.

Apóia-se, também, o entendimento de Gerhardt (2000, p. 127), em prol da impossibilidade de revisão judicial em toda e qualquer situação, no fato de que, como os constituintes de 1787 buscaram, a muito custo, evitar situações nas quais se verificassem conflitos de interesses entre os membros dos três Poderes, acentuadamente em matéria de impeachment, seria ilógico imaginar que nenhum deles tivesse percebido o claro conflito que se instalaria em deixar o *Chief Justice* presidir a sessão de julgamento no Senado e, em seguida, rever a decisão da Alta Câmara por via judicial. Além disso, a revisão judicial de impeachments, enfatiza Gerhardt (2000, p. 127), não era conhecida em nenhuma das Constituições dos estados anteriores à Federação e nem no sistema da Inglaterra.

Finalmente, um terceiro entendimento emergido após o caso *Nixon v. United States* é o que prega ser possível a revisão judicial apenas nos casos do mais extremo abuso do poder de impeachment, isto é, trata-se de permitir que o Poder Judiciário reveja decisões do Congresso quando este houver procedido de maneira flagrantemente arbitrária, abusando do poder constitucionalmente lhe concedido. O problema em se adotar esta posição, segundo Gerhardt (2000, p. 133/134), é que, na grande maioria das vezes, como a história dos impeachments federais tem demonstrado, os senadores tem sido criteriosos na votação, considerando seriamente as conseqüências de condenar o ilustre acusado. Além do que, atualmente, com a sempre presente cobertura da mídia, o risco de exposição de eventuais abusos intimidam os parlamentares a assim proceder.

7. CONCLUSÕES

Ainda que tenha sido utilizado, em seara presidencial, apenas uma vez na história brasileira, o instituto do impeachment mostra-se, sim, como relevante meio para salvaguarda dos interesses nacionais, desde que, obviamente, sua utilização seja criteriosa, não podendo, de maneira alguma, ter este mecanismo sua finalidade subvertida em atendimento a satisfações pessoais ou por mera perseguição de determinado grupo, tal como notoriamente ocorreu em algumas tentativas de aplicá-lo. É importante

frisar que o Brasil é a única democracia do mundo, que conseguiu por meio de um processo constitucional retirar do cargo um Presidente eleito pelo voto. No entanto, esse instituto requer cuidados especiais, a fim de evitar Golpes de Estados e “Quarteladas”, presentes na história do Brasil.

Seu maior, risco, certamente, decorre da própria natureza política que o cerca, ensejadora que é de perseguições infundadas com vistas ao preenchimento de interesses nem sempre benéficos à coletividade. Trata-se, contudo, de algo inerente ao instituto e que, dificilmente, poderá dele ser afastado.

Destarte, imprescindível se faz a atuação do Poder Judiciário como guardião da legalidade, ao menos em seu aspecto formal, do ato. Se não pode o Estado-juiz adentrar no mérito da causa – como realmente o deve ser, tendo em vista que o procedimento é político desde sua acusação, às partes, ao processo, ao julgamento e, por fim, à sanção constitucionalmente estabelecida –, deve-se, por outro lado, permitir sua ingerência para evitar que abusos ocorram em relação a direitos previstos para todo e qualquer indivíduo, e não apenas às autoridades que se encontram sujeitas à perseguição política. É que, embora passe quase sempre despercebido pelos que tratam do tema, as autoridades sujeitas ao processo de impeachment são, antes de tudo, cidadãos como outros quaisquer, merecedores, portanto, da tutela judicial no que concerne a um mínimo de direitos que, apesar de se fazerem presentes no impeachment, integram, em verdade, a essência da totalidade dos procedimentos, judiciais ou não.

Entende-se, pois, que houve acerto na decisão do Supremo Tribunal Federal em reconhecer sua legitimidade tão-somente para corrigir eventuais violações de direitos e garantias constitucionais, posto que, embora se sustente a necessidade da completa abstenção judicial no cenário acadêmico estrangeiro, há de ser sublinhado que o contexto no qual se insere a cultura política alienígena está a largos passos da brasileira, de sorte que a fiscalização judicial, em terras tupiniquins, se faz necessária para evitar ou reparar possíveis condutas que dificilmente serão consideradas nos pleitos eleitorais.

Só assim estará o instituto em apreço dotado dos contornos necessários para seu adequado e suficiente emprego, resguardando os interesses nacionais e se prestando a concretude dos ditames inseparáveis de um Estado de Direito.

8. BIBLIOGRAFIA

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria geral do Estado**. 2. ed., rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVARES, Elcio. **A comissão que processou o impeachment**. Brasília, DF: Senado Federal, 1994.

ALVES, José Wanderley Bezerra. **Comissões parlamentares de inquérito: poderes e limites de atuação**. Porto Alegre: Fabris, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários a Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 5.

BERMUDES, Sérgio. **Sobre a questão do impedimento dos senadores no julgamento dos crimes de responsabilidade do Presidente da República**. In: Ordem dos Advogados do Brasil. **A OAB e o impeachment**. Brasília: OAB, 1993.

BIELSA, Rafael. **Derecho Constitucional**. 2. Ed. Buenos Aires: Depalma, 1954.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **O processo por crime de responsabilidade do Presidente da República**. In: Ordem dos Advogados do Brasil. **A OAB e o impeachment**. Brasília: OAB, 1993.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição Federal brasileira (1891)**: comentada. Ed. fac-similar Brasília: Senado Federal, 2002. 411 p. (Coleção história constitucional brasileira).

BROSSARD, Paulo. **O impeachment**. São Paulo: Saraiva, 1992. 247 p.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Constituição federal anotada**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 577 p.

COMPARATO, Fábio Konder. **A renúncia do acusado nos processos de crime de responsabilidade**. In: Ordem dos Advogados do Brasil. **A OAB e o impeachment**. Brasília: OAB, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. **O processo de impeachment e a importância constitucional do caso Collor**. In: CORRUPÇÃO e reforma política no Brasil: o impacto do impeachment de Collor. 1. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2000.

COTRIM, Gilberto Vieira. **Fundamentos da filosofia: história e grandes temas**. 15. ed., ref. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001-2003. 336 p.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Do impeachment no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**, 16 ed. (atualizadores Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves). Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 25. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1999. 367 p.

FREITAS, Herculano de. **Direito constitucional**. São Paulo: [s. n.], 1965.

FUSTEL DE COULANGES. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma**. São Paulo: Hemus, 1975.

GALLO, Carlos Alberto Provenciano. **Crimes de responsabilidade: do impeachment**. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1992. 91 p. (Biblioteca jurídica Freitas Bastos)

GERHARDT, Michael J. **The Federal Impeachment Process: A Constitutional and Historical Analysis**, 2nd ed. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. 420 p. (Os pensadores)

JACQUES, Paulino. **A constituição explicada**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967.

JEFFERSON, Thomas; PAINE, Thomas; HAMILTON, Alexander. **Escritos políticos. Senso comum. O federalista. A democracia na América. O antigo regime e a revolução**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. 365 p. (Os pensadores)

JIMÉNEZ, Eduardo Pablo. **Derecho constitucional argentino: manual de enseñanza**. Buenos Aires: Ediar, 2000, v. 3.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Observações e apontamentos sobre a competência originária do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1961.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários a constituição brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948. v. 2.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MURICI, Marília. **Crime de Responsabilidade. Irrelevância jurídica da renúncia do acusado após a inauguração do processo**. In: Ordem dos Advogados do Brasil. **A OAB e o impeachment**. Brasília: OAB, 1993.

OLIVEIRA FILHO, João de. **O "impeachment"**. In *Revista Forense*, volume CXVIII. Rio de Janeiro: Forense, julho de 1948, p.45/47.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 1.

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 1945. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas São Paulo: Atlas.

REVISTA FORENSE. 1904. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. 1957. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília: Supremo Tribunal Federal

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Processo de responsabilidade do Presidente da República. Renúncia do presidente após o recebimento da denúncia pelo Senado Federal. Ininterruptibilidade do processo. Eficácia da decisão condenatória do presidente renunciante**. *In*: Ordem dos Advogados do Brasil. **A OAB e o impeachment**. Brasília: OAB, 1993.

SALDANHA, Alcides. **Parlamentarismo e demais sistemas de governo: guia pratico**. Porto Alegre: AGE, Rigel, 1993.

SALVETTI NETTO, Pedro. **Curso de teoria do estado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Renúncia não extingue julgamento**. *In*: Ordem dos Advogados do Brasil. **A OAB e o impeachment**. Brasília: OAB, 1993.

SCHMIDT, Maria Cecília. Impeachment aplicável ao Presidente da República . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1362, 25 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9653>>. Acesso em: 18 ago. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

STORY, Joseph. **Commentaries on the Constitution of the United States**. Volume II. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1833.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 29. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 2 ed. Mineola, N.Y., Foundation Press, 1988.

UNITED STATES SENATE. **Senate Adopts First Impeachment Rules**. Disponível em: <http://www.senate.gov/artandhistory/history/minute/Senate_Adopts_First_Impeachment_Rules.htm>. Acesso em: 18 de agosto de 2010.

VEJA. **Veja**. São Paulo: Abril.

WHITE HOUSE. **Richard M. Nixon**. Disponível em: <<http://www.whitehouse.gov/about/presidents/richardnixon>>. Acesso em: 07 de setembro de 2010.

WHITE HOUSE. **William J. Clinton**. Disponível em: <<http://www.whitehouse.gov/about/presidents/williamjclinton>>. Acesso em: 18 de agosto de 2010.

VII
EFFECTIVA DEFENSA Y DEFENSA TECNICA EFFECTIVA
EN EL PROCESO CONTRAVENCIONAL DE MISIONES -
ARGENTINA

Por: José Gabriel Moreira

1. El Código de Procedimiento Contravencional en la Provincia de Misiones, Republica Argentina, Ley XIV-N° 5 antes Ley 2800 vigente desde el 12/11/1990, no establece en la actualidad la “asistencia obligatoria” de un Defensor Oficial o del Estado, en caso de que el imputado por una falta contravencional, sometido al proceso judicial ante el Juez de Paz competente, no designe un defensor de confianza. ¿Constituye este vacío legal una violación al debido proceso que torna inconstitucional a todo el sistema contravencional de Misiones?, ¿Existen casos que no requieran de asistencia del Defensor Oficial?, ¿Se garantiza el debido proceso con el nombramiento de un Defensor Oficial?, ¿La defensa efectiva es sinónimo de defensa técnica efectiva?

2. Desde 1994 con la reforma de la Constitución Argentina en su art. 75 inc. 22, se han incorporado con rango constitucional normas supra nacionales, que hoy conforman el Bloque de Constitucionalidad, como por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece en los arts. 8 y 25 las garantías procesales que deben cumplirse a fin de no violar el derecho de defensa. Estos prevén expresamente, en general, el derecho a ser oído y el derecho a contar con un defensor proporcionado por el Estado, derechos que son expresiones de una “efectiva defensa” y de una “defensa técnica efectiva”, y que por lo tanto deben ser aplicadas a fin de evitar lesionar las garantías constitucionales y los principios procesales vigentes.

3. Esta reforma de la Constitución Argentina ha sido posterior a la sanción del Código Contravencional de Misiones, el que hasta la fecha no ha incorporado al Defensor Oficial. Las sanciones que el Juez de Paz de Misiones puede aplicar según el código de Misiones varían desde multas, clausuras de locales, tarea comunitaria, asistencia a cursos de educación, e incluso arresto hasta 30 días.

4. Si bien todo procedimiento judicial actual contiene principios procesales y garantías constitucionales que los rigen, y aseguran por sobre todo que se lleven adelante sin violentar el “debido proceso”, también es cierto que las normas de fondo que son aplicables en cada procedimiento, varían según qué bienes jurídicos que se intentan proteger, que conductas se pretenden sancionar, como así según el quantum de la sanción, y en dicho aspecto no escapa a nuestro conocimiento que el derecho contravencional

es “preventivo” o de “pacificación social”, pues protege y resguarda bienes jurídicos que constituyen el sentido cultural y de pertenencia a la comunidad, como la paz social, la tranquilidad de los vecinos, la seguridad de los espacios públicos, el respeto a las buenas costumbres, a los valores sociales de una comunidad, a las personas, a los animales, atacando para ello las conductas de los ciudadanos, que no obstante ser reprochables por el sentir de la comunidad que integran, no constituyen delito.

5. Si partimos de una conducta punible o reprochable socialmente que no alcanza la gravedad de aquella tipificada como delito, y que la sanción contravencional tiende a prevenir conductas más graves que luego podrían caber en un proceso penal, sería posible entonces encontrar los caminos que permitan distinguir aquellas faltas contravencionales, que por sus características no requieran una Defensa Técnica “obligatoria” otorgada por el Estado, de aquellas que sí lo

requieran, supliendo de esa forma el vacío legal que existe en la legislación de Misiones, ante la no obligatoriedad de la designación del Defensor de Oficio.

6. El procedimiento contravencional de Misiones es muy acotado, puesto que desde sus raíces se ha buscado que la infracción o falta tenga relación directa y se conjugue con aquél, al punto de no convertir al proceso contravencional en uno de índole penal, desnaturalizando así los hechos reprobables y al propio proceso, más aún si las conductas punibles son pasibles de sanciones leves o levísimas y, como lo sostienen las “doctrinas de bagatela e insignificancia”, hasta de imposible condena.

7. Estas doctrinas entienden que la finalidad de la legislación penal no es sancionar la violación pura de los deberes jurídicos, sino proveer de seguridad jurídica; para ello, procura otorgar protección penal a ciertos bienes jurídicos cuando la tutela que les otorgan otras ramas del derecho es insuficiente o inadecuada. En consecuencia, la ausencia de daño al bien jurídico no sólo impide la conminación penal sino cualquier tipo de injerencia estatal, y en estos casos es razonable declarar que la lesión al bien jurídico es insuficiente para poner en marcha las graves consecuencias de la coerción penal, cuando ésta es sumamente rigurosa o desproporcionada respecto de aquella. ¹

¹¹ Virgolini, Julio E. S., “Las lesiones levísimas: un caso de atipicidad por insignificancia”, ps. 120/123, *Doctrina Penal*, Año 8, N° 29. Virgolini, Julio E. S., “El artículo 31 de la ley de vinos y un caso de aplicación del principio de insignificancia en la afectación del bien jurídico”, p. 333, *Doctrina Penal*, 1984.

8. Esta visión de la insignificancia que pueden representar algunos hechos punibles por el Código Contravencional, frente al sistema de restauración que propone el mismo, nos permite postular la idea de un proceso judicial que no requiera en todos los casos la Defensa Técnica obligatoria provista por el Estado, sin que con ellos se violen los principios constitucionales del Debido Proceso.

9. Sin embargo, para el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni (Ministro de la C.S.J.N. Arg.), que sostiene que el derecho contravencional es un derecho penal especial, aclara que: "...tratándose de un derecho penal especial, esa legislación contravencional local debe respetar todas las garantías que constitucionalmente corresponde observar a la ley penal".

"...el delito y la contravención se distinguen sólo cuantitativamente. La diferencia cuantitativa da lugar a que se modifiquen algunos de los principios generales (por lo que configura un derecho penal especial) y a que el juzgamiento de las mismas se rija por un procedimiento también distinto del ordinario".

"...la legislación contravencional es el medio penal más adecuado para la prevención de los delitos, puesto que tipifica conductas menos graves, pero que, frecuentemente, son pasos previos al delito en la biografía del delincuente. Ello permite la injerencia en la pena preventiva antes de que se cometan conductas tan graves como son los delitos, dejando a salvo todas las garantías constitucionales (claro está: siempre que de ellas conozca un juez). Se trata de una verdadera tarea preventiva del delito, cumplida por esta rama especializada del derecho penal. Es la única y verdadera prevención pre-delictual factible en un Estado de derecho por vía de legislación penal...".²

10. El Pacto de San José de Costa Rica ha consagrado en su articulado los principios penales tendientes a garantizar una protección eficaz por parte del órgano jurisdiccional que se trate. De estos principios se infieren derechos fundamentales tales como el derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial, con las debidas garantías de igualdad, equidad, presunción de inocencia; con una defensa adecuada; en un plazo razonable y sin

dilaciones indebidas; el derecho al respeto del principio de legalidad y retroactividad de la ley más benigna; el derecho a recurrir de un fallo condenatorio ante un juez o tribunal superior; entre otros.

2Manual de Derecho Penal Parte General, Cuarta Edición, Ediar, Bs. As. 1985, págs. 103 a 106

11. El Debido Proceso, es aquel que cumple con los cuatro elementos que legitiman el procedimiento: acusación, prueba, defensa y sentencia del juez imparcial. En cuanto a la ACUSACIÓN requiere que quien la deba prepararla, formularla y sostenerla, sea un funcionario distinto e independiente de quien deba juzgar sobre su fundamento; la DEFENSA tiene como base la imposibilidad de pretender que el imputado colabore con la investigación de la falta o delito que se le atribuye y la prohibición de asignarle a la actitud de no colaboración, alguna consecuencia en su contra. La defensa la ejercerá el propio imputado (defensa material) y su abogado (defensa técnica). La PRUEBA es el dato externo al juzgador, capaz de darle conocimiento sobre la imputación y constituye el máximo resguardo contra la arbitrariedad judicial y debe procurarse sin vulnerar garantías. Debe asegurarse al imputado la posibilidad de ofrecerlas, controlar su producción (tanto de las propias como de las que se ordenen a pedido de otro sujeto) y alegar sobre su eficacia conviccional.

Por SENTENCIA se entiende la resolución definitiva de la situación del acusado dentro de un término razonable, en debate oral y público y mediante el dictado de un fallo que se funde en la consideración razonada de las pruebas recibidas en ese acto y en la ley: absolución o condena. Debe existir correlación entre acusación y sentencia, de modo que en esta no se puede condenar por hechos delictivos que no fueron intimados como integrantes de la acusación y objeto del debate.

12. En el proceso contravencional en Misiones, la **acusación** está en manos de la Policía, quienes reúnen las facultades legales para intervenir y proceder ante hechos que, prima facie, constituyen una contravención. La **prueba** comienza a desarrollarse ya en esta etapa prejudicial (es el caso del test de alcoholemia, o informe médico que pueden acompañar un sumario por ebriedad), para continuar su desarrollo en el ámbito judicial. En ambas etapas el imputado tiene posibilidad de incorporar prueba a la investigación, por ejemplo testigos, realizar un descargo, contra denunciar, adjuntar documentos, etc.

13. La **defensa** técnica del imputado, tanto en la etapa prejudicial como judicial, no es proporcionada por el Estado, ante la falta de designación de uno particular por parte del imputado, pero si está prevista la posibilidad de que el mismo concorra con su abogado particular. La **Sentencia** del Juez Natural e Imparcial, se cumple de manera correcta, pues luego de recibidas las actuaciones con la instrucción, acreditados o no los hechos denunciados, el acusado es oído y la causa pasa al dictado de sentencia en su presencia y la de su “defensor particular” si lo hubiere designado. En los casos donde

el imputado negare su culpabilidad, y no existan elementos de prueba que hagan a la verosimilitud de la denuncia, se procede al llamado a juicio oral y público, otorgando al imputado un plazo adicional para la presentación de elementos de prueba que hacen a su defensa, pudiendo ordenarse la confección de informes socio ambientales, o de concepto, cumplido ese procedimiento se pasa al dictado de sentencia por acta en audiencia pública.

14. En el procedimiento contravencional así caracterizado, destinado a la prevención e inspirado en la protección de la paz comunitaria, el requisito constitucional de la defensa aparece cumplido en todos los casos, al garantizarse una “efectiva defensa” (esto es la efectiva oportunidad de defenderse antes de una

sentencia condenatoria, aun cuando no se cuente con una “defensa técnica efectiva”), siempre que se presuma la inocencia del imputado mientras no se le haya declarado judicialmente culpable; que tenga la real y oportuna posibilidad de presentar sus pruebas, y a controvertir todas las que se alleguen en su contra; de elevar solicitudes; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

15. Como corolario de lo expuesto, se entiende que el derecho a la “defensa efectiva” no se concibe sólo como la posibilidad de que el imputado procesado esté representado por un defensor técnico público, sino para que se garantice efectivamente la protección de sus derechos fundamentales, se haga respetar el debido proceso en forma permanente, esto es, hasta cuando la situación de la persona sea resuelta definitivamente.

16. Concluyo diciendo que existen causas contravencionales que por la insignificancia de la falta cometida (discusión en público), o por la existencia de prueba incontrastable (test oficial de alcoholemia), se encuentran en una situación tal que torna excesiva la obligatoriedad del Defensor Oficial del Estado. Y toda vez que la materia contravencional es una rama del derecho que intenta restablecer la paz social a través de sanciones leves, levísimas o restaurativas, que lleva al mínimo posible los costos y los plazos procesales, resulta inevitable arribar a la conclusión de que la falta de Defensor Oficial en el procedimiento contravencional de Misiones no implica la violación de normas y principios consagrados en la Carta Magna, y a través de la misma, de los tratados internacionales.³

³Ponencia elaborada por José Gabriel Moreira, DNI 23.099.902, 9/5/73, Oberá, Misiones, Argentina. Casado con Carolina, Padre de Consuelo y Joaquín, Artista, Deportista, Músico; Abogado y Procurador 1999, Notario 2003 (UCSF); Juez de Paz Letrado de 1ra Categ. Oberá 2007-2010; recientemente nombrado Juez de Familia de 1ra Instancia de Oberá, por concurso de oposición y antecedentes (esperando fecha de Juramento para asumir el cargo); Especialista en Dcho. Proc.

CAPITULO QUINTO
CAPITULO QUINTO

PROCESOS CONSTITUCIONALES

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 SOCIALES¹**

Jânia Maria Lopes Saldanha

Doctora en Derecho por la UNISINOS. Master en Integración Latinoamericana. Profesora del Programa de Postgrado y del Curso de Licenciatura en Derecho de la UNISINOS. Profesora del Curso de Derecho de la UFSM. Abogada.

Têmis Limberger

Doctora en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Master en Derecho por la UFRGS. Licenciada en Derecho por la UFRGS. Profesora del Programa de Postgrado en Derecho de la UNISINOS. Fiscal de Justicia/RS.

SUMARIO

1. Introducción, 2. La constitucionalización del proceso brasileño, 2.1 Jurisdicción constitucional en tiempos de neoconstitucionalismo, 2.2 Derecho procesal constitucional: Nuevas metodologías y nuevos institutos para el proceso., 3 La Corte Suprema brasileña y la apertura a la sociedad: Una experiencia afinada con la democracia, 3.1 Las audiencias públicas: Un nuevo instituto procesal constitucional en favor de los derechos fundamentales sociales, 3.2 Las audiencias públicas en la concretización del derecho a la salud, 4. Consideraciones finales, 5. Referencias

¹ Este artículo fue producido en el ámbito de dos proyectos de investigación. El primero, coordinado por la primera autora, intitulado "Entre el neoliberalismo y la democratización: Los informes del Banco Mundial y los (im)pactos para la reforma del Poder Judicial brasileño confrontados al imperativo de la disfuncionalidad estructural", bajo los auspicios del CNPq. El segundo, coordinado por la segunda autora, denominado "Administración Pública e implementación de políticas como forma de concretización de los derechos sociales: posibilidades y límites del control judicial".

RESUMEN:

Este artículo tiene el propósito de abordar el proceso a través de una comprensión constitucional, generada por la constitucionalización del Derecho, y que consiste en la inserción en la actividad jurisdiccional de valores constitucionales como la democracia, por medio de audiencias públicas, y permite mayor concretización de los derechos y garantías fundamentales.

PALAVRAS CLAVE:

Derecho procesal. Constitucionalización. Jurisdicción constitucional. Apertura democrática. Audiencias públicas.

ABSTRACT:

This article aims to talk about the process through a constitutional comprehension, generated by the constitutionalization of the Law, and that consists in the insertion in the jurisdictional activity of constitutional values as the democracy, through the public hearing, and that allows larger concretization of fundamental rights and guarantees.

KEYWORDS:

Procedural law. Constitutionalization. Constitutional jurisdiction. Democratic opening. Public hearing.

1. INTRODUCCIÓN

Como Estado democrático de Derecho que se designa a partir de 1988, constante en el artículo 1º de su Constitución de aquel año, Brasil posee previsión constitucional de derechos fundamentales humanos y de formas de garantizarlos. La preocupación común que tiene (o debería tener) el Estado es con relación a la concretización del texto constitucional, una vez que éste por sí solo no basta, son necesarios medios para aplicarlo, y para que esta aplicación se dé de forma adecuada.

Los ciudadanos detentores de derechos y garantías fundamentales asegurados por su Constitución nacional no los tienen concretizados en la medida en que la legislación infraconstitucional y el proceso por medio del que la jurisdicción los efectiva no se afinan a las previsiones constitucionales, de ahí la importancia de la constitucionalización del derecho, en este trabajo con análisis enfocado en lo que dice con relación al hacer respetar la Constitución por medio de la jurisdicción constitucional y del derecho procesal constitucional (PARTE 1).

La constitucionalización del proceso, en una superación de su modelo individualista tradicional, permite una apertura a la participación democrática efectiva de la sociedad, que en Brasil, aunque reciente y restringida, viene ocurriendo a través de audiencias públicas realizadas en el Supremo Tribunal Federal en el ámbito principalmente de procesos para control de constitucionalidad, siendo que esta nueva práctica posibilita una prestación jurisdiccional más adecuada a la complejidad de las materias que actualmente se han presentado a la jurisdicción (PARTE 2).

2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO BRASILEÑO

Inicialmente, cabe mencionar la influencia de los marcos normativos internacionales en lo que concierne a la incorporación de los derechos fundamentales humanos por las Constituciones. Fueron las previsiones internacionales, más precisamente y con mayor contribución la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 para los Estados-miembros de la Organización de las Naciones Unidas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 para Estados americanos y la Convención Europea de los Derechos del Hombre de 1950 para Estados europeos, que hicieron con que los Estados-Nacionales, además de internalizar tales actos, incluyesen en sus Constituciones esos derechos y estableciesen constitucionalmente formas de garantizarlos.

La Constitución brasileña de 1988 al mismo tiempo en que previó los derechos fundamentales, hizo surgir la jurisdicción constitucional, vista la necesidad de proporcionar condiciones de acceso y respeto a los valores incluidos por la Constitución (1.1).

Tamaño fue la importancia creciente transferida a la Constitución a partir de 1988, que los diversos ramos del Derecho pasaron y aún pasan por una "relectura"², para fines de que incorporen los valores constitucionales y se

² CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 17.

conformen a ellos, como lo hizo el derecho procesal en lo que podemos denominar derecho procesal constitucional (1.2).

2.1 JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN TIEMPOS DE NEOCONSTITUCIONALISMO

Aunque el modo de protección social fue insertado en Brasil a partir de la década del 30 del siglo pasado, la constitucionalización de los derechos sociales como derechos fundamentales es una novedad de la Constitución Federal de 1988 y encuentra correspondencia en los principios del Estado Democrático de Derecho que, refinado, expresa una nueva fase del constitucionalismo: el neoconstitucionalismo. En esa nueva forma de expresión del Estado contemporáneo, dicen los defensores del neoconstitucionalismo que éste busca explicar la rematerialización³ de las Constituciones con base en la (re)incorporación de contenidos sustantivos de carácter moral con el fin de limitar la actuación de las instituciones públicas y privadas.

La jurisdicción constitucional trae consigo, como uno de los principales fundamentos, el principio de la supremacía de la Constitución, pues de la forma como ésta se sitúa en el ordenamiento jurídico, en grado de superioridad, es necesario que haya mecanismos de control de constitucionalidad, siendo realizado por el Poder Judicial. Así se impone, como consecuencia de eso, la sumisión de la actividad legislativa a la judicial, que actúa en protección de la Constitución para asegurar el Estado democrático de Derecho, lo que tiene como condición de existencia plena la efectividad constitucional.

En el escenario de neoconstitucionalismo, el llamamiento, cada vez más frecuente, a la jurisdicción constitucional, en su carácter directo y concentrado, indica un síntoma y un efecto. El síntoma es de doble aspecto. De un lado, cuanto más el Tribunal encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes es convocado, más evidente está que el legislador podrá hacer uso de sus competencias, tanto formales como materiales, faltando el respeto a la Carta Constitucional. Por otro, indica que los legitimados a provocar la jurisdicción constitucional, en el caso restricto del control directo y concentrado, están atentos a la fuerza normativa de la Constitución y que el respeto a ella es condición de supervivencia del régimen democrático. El efecto, al menos en el plano teórico, es que cuanto más la jurisdicción constitucional se abre a la sociedad, más legitimidad

³ SANCHIS, Luis Prieto. *Principia iuris: una teoria do direito no (neo)constitucionalista para o Estado constitucional*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. *El Canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010, p. 280.

tiende a agregar a su actividad y, con eso, mayor grado de confiabilidad y respeto podrá obtener del medio social.

Se hizo necesario para garantizar efectividad⁴ a los derechos sociales que las Cartas Constitucionales previesen cómo y por qué caminos procedimentales sus jueces realizarían la tarea de controlar la constitucionalidad de los actos de los legisladores y de los administradores, en el juego cruzado de competencias muy propio de los sistemas federativos a la montesquiana. La respuesta, en el caso brasileño, fue dada por la adopción del sistema mixto de control de la constitucionalidad⁵ que atribuye a los jueces poderes para realizar ese control tanto en casos concretos, como directamente, en un proceso dicho objetivo, porque ausente el interés individual y el litigio, ambos signos de la matriz clásica de proceso.

No obstante, si los jueces nacionales son encargados de realizar el control de la eficacia de la Constitución, aún permanecen en gran parte atados al modelo liberal-individualista de proceso que, fracasados los esfuerzos reformistas de la última década, continúa a moldar un tipo de jurisdicción inefectiva y burocrática, rehén de la limitación subjetiva, de la restricción de la prueba y de la extensión de la cosa juzgada, características estas las que diseñan exactamente el control difuso de constitucionalidad.

La jurisdicción constitucional en su control concentrado de constitucionalidad, ha alcanzado en los últimos años una dimensión aún más constitucional, porque democrática, en la medida en que se abre a la participación de la sociedad. Ya con relación al proceso ampliamente considerado, la constitucionalización ha hecho efectivas principalmente las garantías constitucionales referentes al proceso.

2.2 DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: NUEVAS METODOLOGÍAS Y NUEVOS INSTITUTOS PARA EL PROCESO.

El derecho procesal, en vista de lo ya expuesto, fue elevado a la categoría constitucional en la mayoría de las Cartas Constitucionales, ya sea porque inúmeros principios de proceso fueron inseridos en el conjunto de los derechos fundamentales, como el derecho de acceso a la Justicia, en proceso público, conducido por jueces imparciales e

⁴ Resaltándose la distinción entre eficacia y efectividad, la primera tiene relación con la concretización del "programa condicional", y la segunda con la concretización de la finalidad de la norma, según CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 18

⁵ Ver STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 225-282.

independientes, ya sea porque un conjunto de derechos garantizadores de las libertades públicas podría ser invocado en Justicia por medio de acciones apropiadas a su mejor ejercicio.⁶

La jurisdicción que teníamos hasta cerca de una década atrás, antes de que hubiéramos desarrollado más profundamente teorías sobre el proceso constitucional y empezado a aplicarlas, debido a estar estructurada⁷ de acuerdo con el modelo liberal-individualista, no hacía uso adecuado de los institutos que la nueva Constitución había traído⁸, modificándolos en su esencia para servir a la finalidad del modelo.

El derecho procesal constitucional, en dirección contraria al proceso tradicional y en el intento de sobreponerse a él, pretende hacer con que la jurisdicción revea la interpretación que ha dado a los institutos constitucionales procesales – procesales constitucionales –, utilizándose de la hermenéutica, para fines de ensanchar los resultados advenidos de la actividad de la jurisdicción constitucional en el control de constitucionalidad que desempeña.

En el plano decisorio, de un proceso de carácter afinado con la Constitución, se ve la concretización de derechos en lo que concierne a la demanda, en la medida en que de esta forma se impone el necesario límite al solipsismo. La decisión arbitraria o revestida de elementos personales del juez seguramente impide la concretización de la Justicia. No restricto a la actividad de simple subsunción del hecho a la norma, tampoco valiéndose de la discrecionalidad, el juez, en un ejercicio de hermenéutica, construye la decisión haciendo una interpretación de acuerdo con los valores constitucionales.

Hablar de jurisdicción constitucional en su perspectiva colectiva es, sin duda hablar de otro modelo de jurisdicción, ya sea en cuanto a su estructura de actuación, ya sea en cuanto a la competencia de sus jueces, ya sea en cuanto a su sentido.

⁶ En el caso brasileño, los principios constitucionales procesales y las acciones constitucionales para la garantía de las libertades públicas están insertados en el artículo 5º de la Constitución Federal.

⁷ Cuando se vuelve una mirada atenta a la crisis del Poder Judiciario, se verifica que ésta encuentra raíces en la estructura judicial, y no en problemas funcionales, pues el Judiciario funciona bien de acuerdo con el modelo que lo ha estructurado. En BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da função à estrutura*. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 84.

En cuanto a su estructura de actuación difiere del proceso civil clásico, porque marcada, sobre todo, por la competencia colegiada para decidir acciones originarias, a la excepción de las hipótesis en que el Relator, aisladamente, puede responder por el destino del proceso.

En lo que se refiere a la competencia, el modelo transgrede las materias comunes que la jurisdicción está habituada a enfrentarse, para encontrarse con temas de significativa repercusión social y de envergadura política, muy propio de los casos en que el Supremo Tribunal Federal es provocado a decidir acerca del respeto a la Constitución. Justamente por eso es que la jurisdicción constitucional está abierta a la sociedad, permitiendo su ingreso, por medio de representantes, en el proceso de control directo.

Por fin, con relación a su sentido, es necesario reconocer que solamente por intermedio de esa jurisdicción abierta a la sociedad es que el proceso responderá a las exigencias republicanas de su ejercicio democrático, como poder del Estado que tiene por finalidad mayor concretar los valores constitucionales.

Así, el proceso constitucional, de que las acciones de control concentrado de la constitucionalidad⁹ son apenas una parcela, implica en pensar la jurisdicción, el proceso y, por que no, el derecho procesal, bajo la perspectiva publicista. Este modelo los aproximaría, en buena medida, con el de la tradición común y los alejaría del modelo de la tradición civil, del que el proceso brasileño es heredero.¹⁰ El primero teniendo por sustento el papel de la jurisprudencia y de los precedentes. El segundo aún comprometido con el legiscentrismo. El primero, de perfil colectivo, de que son ejemplo las *class action* del derecho americano, con extensión de la cosa juzgada *erga omnes* o *ultra partes*. El segundo, de perfil individualista, cuyo paradigma es el proceso de conocimiento de rito ordinario, con limitación de la cosa juzgada a las partes individuales de la acción.

3. LA CORTE SUPREMA BRASILEÑA Y LA APERTURA A LA SOCIEDAD: UNA EXPERIENCIA AFINADA CON LA DEMOCRACIA

El modelo de proceso de nuestro derecho procesal es, por tradición, dirigido a atender derechos e intereses privados, en una concepción

⁹ Las que son: Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI), Acción directa de Inconstitucionalidad por Omisión (ADO), Acción Declaratoria de Constitucionalidad (ADC) y "Arguição" de "Descumplimento" de Precepto Fundamental (ADPF), todas de competencia del Supremo Tribunal Federal (STF).

¹⁰ Sobre el tema consulte: MERRYMAN, John Henri. *La tradición jurídica romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

individualista de proceso, que se insiere en el paradigma racionalista que ha orientado el derecho procesal¹¹. Esta comprensión individualista¹² ya no está adecuada a posibilitar una prestación jurisdiccional efectiva, porque no más se limita el proceso a cuestiones privadas entre las partes, propias del mundo más simple que se tenía en el siglo pasado y en los anteriores.

Hoy la complejidad atraviesa las materias que llegan al Judiciario, las cuales tienen relación con toda una colectividad de ciudadanos. Nada más apropiado entonces que permitir que la sociedad participe en el proceso decisorio, una vez que las decisiones repercutirán en efectos que sobrepasan las barreras de la esfera *interpartes*. A través de audiencias públicas (2.1) promovidas por el Supremo Tribunal Federal se abren a la sociedad los procesos para que especialistas y personas que tengan conocimiento y autoridad en las materias que están siendo juzgadas participen, lo que es, de hecho, una manifestación de democracia efectiva, en un contexto en que ésta es escasa.

Las participaciones de especialistas y representantes de la sociedad en las audiencias públicas auxilian a decidir cuestiones interdisciplinarias que los procesos envuelven, y, de esa forma, la decisión que se tiene es más adecuada a la demanda de la sociedad y va al encuentro de hacer efectivos los derechos sociales, dándose foco en este trabajo al derecho a la salud (2.2).

3.1 LAS AUDIENCIAS PÚBLICAS: UN NUEVO INSTITUTO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN FAVOR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES.

Para los límites de este trabajo interesan algunos aspectos concernientes a las acciones de control concentrado, específicamente en lo que tiene relación con las leyes que reglamentan su proceso frente al único Juzgado competente que es el Supremo Tribunal Federal. En este camino, la Ley nº 9.868/99 reglamenta el proceso de la acción directa de inconstitucionalidad (ADI) y de la acción declaratoria de constitucionalidad (ADC), bien como la Ley nº 9.882/99 reglamenta el proceso de la “arguição” de “Descumplimiento” de precepto fundamental (ADPF).

Las Leyes citadas al establecer el proceso de las acciones de control de la constitucionalidad expresan, de cierta forma, la marca de

11 *Sobre el paradigma racionalista del derecho procesal, consultar BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Processo e ideologia: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.*

12 *STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 82.*

la jurisdicción constitucional brasileña, en ese aspecto,¹³ que es la de actuar en un proceso objetivo, sin las tradicionales partes de los procesos de naturaleza individualista y que, por ello, generan otra e inusitada especie de eficacia de las decisiones proferidas.¹⁴ El rompimiento con el perfil individualista y privado de proceso¹⁵ cedió paso a un proceso de naturaleza colectiva, una vez que las personas y entidades legitimadas por el artículo 103 de la Constitución Federal y repetidos en los artículos 2º de las Leyes nºs 9.868/99 y 9.882/99, aunque actúan en nombre propio, lo hacen defendiendo, invariablemente, el derecho de toda la sociedad, de ahí proyectan para el exterior de la demanda efectos *erga omnes* y vinculantes para todos.

Obviamente la existencia de un eficiente sistema de control de la constitucionalidad de las leyes infraconstitucionales atiende a los reclamos sociales de que el Poder Judicial esté alineado y comprometido con los mínimos patrones democráticos preconizados por los Estados contemporáneos. No sólo eso, al abrir la posibilidad para que un grupo restringido de personas tenga legitimidad para provocar la jurisdicción constitucional, delega a las mismas la responsabilidad de cuidar, de cierta forma, para que el respeto a los principios democráticos sea, en primer lugar, cumplido por las casas legislativas. Por otro lado, constituye un nuevo modelo de jurisdicción, muy distante de las teorizaciones de Chiovenda que veía la jurisdicción como actuación de la voluntad concreta de la ley y de Carnelutti que la reducía a actuar apenas delante de una lid afinada ahora con la concretización de los valores que la Carta Constitucional prevé y asegura.¹⁶

13 Esta corrección es necesaria pues, como se sabe, el Supremo Tribunal Federal no puede ser considerado una Corte Constitucional "pura" en los moldes europeos, una vez que posee competencia mucho más amplia que las Cortes Constitucionales europeas, ya que el art. 102 de la Constitución Federal se le atribuye competencia para el procesamiento y juicio de personas y materias que escapan a la naturaleza de la materia constitucional.

14 Como por ejemplo, la declaración de nulidad parcial de una ley infraconstitucional, la declaración de nulidad parcial sin reducción de texto, la interpretación según la Constitución. Consulte sobre ese tema MENDES, Gilmar Ferreira. *As decisões de controle de constitucionalidade de normas e seus efeitos*. Revista da Escola Nacional da Magistratura. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2007, p. 21-88.

15 Análisis crítico sobre el perfil privado de proceso puede ser encontrado en BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição jurídica romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *O desvelar (alethéia) da sumariedade como condição de possibilidade para uma prestação jurisdicional efetiva: Uma tentativa de substancialização do direito processual civil*. Tese. Tomo II. São Leopoldo: UNISINOS, 2004.

16 FISS, Owen a propósito de esa comprensión renovada de la jurisdicción indica que su función es atribuir significado concreto a los valores constitucionales. *Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004, p. 36. Del mismo modo consulte: MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado contemporâneo*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Org.) *estudos de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 13-66.

No sólo eso. Si la regla es que el Supremo Tribunal Federal en el ejercicio de la tarea de controlar la constitucionalidad formal y material de las leyes es llamado a proferir decisiones que repercutirán en toda la sociedad, en incontables situaciones llama más la atención no la suscitación de la inconstitucionalidad/constitucionalidad en sí misma, sino que mucho más en razón de la naturaleza de la materia llevada a la apreciación, que exige de los juzgadores el escape del análisis tan sólo jurídico, por el hecho de poseer naturaleza interdisciplinaria.

En ese particular es que se hace necesario ponderar sobre la falibilidad y limitación del conocimiento jurídico puro. Si, por una parte, dicho conocimiento es siempre necesario, por otra, ni siempre será suficiente para determinar de forma razonable el juicio. Desde ese punto de vista, por más elementos probatorios documentales que el proceso de control de la constitucionalidad tenga y por más conocimientos inter/transdisciplinarios¹⁷ que los juzgadores posean, ni siempre reunirán en sí conocimientos suficiente para decidir, con base en criterios argumentativos razonables, la materia puesta.

Si el proceso civil tradicional expresado en la triangulación autor, juez y reo, mantiene el monopolio de la decisión en las manos del segundo, aunque autor y reo deban contribuir para su formación, en el ámbito de un proceso que se puede reputar de cooperativo,¹⁸ la Ley n° 9.868/99 innova sensiblemente en esta cuestión al prever la posibilidad de manifestación en el proceso de otros órganos y entidades. Se insiere en el proceso judicial, por primera vez, la figura del *amicus curiae* del derecho norteamericano, conforme prevé su artículo 7º, § 2º, para el caso específico de la acción directa de inconstitucionalidad.

Ambas Leyes avanzan aún más al abrir definitivamente el proceso de control directo de la constitucionalidad a la participación de la sociedad. Tanto el artículo 9º, § 1º, relativo a la acción directa de inconstitucionalidad, como el artículo 20, § 1º, que se refiere a la acción declaratoria de constitucionalidad, ambos de la Ley n° 9.868/99, así como el artículo

17 Si el tema de la interdisciplinariedad es relativamente nuevo en la formación del jurista, hace mucho viene siendo objeto de análisis de los educadores. La vasta obra de Edgar Morin es un norte para que sea comprendida la necesidad del pensador, principalmente del área de las humanidades, en la que el Derecho está insertado, pensar y comprender el mundo no más en el horizonte de la linealidad, sino de la complejidad, ésta sí a exigir conexiones e interconexiones con otras áreas del conocimiento humano. Ver: MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

18 Tanto la noción de diálogo, como de consenso, se afinan con la comprensión de proceso cooperativo. Sobre este tema consultar: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Revista AJURIS, n° 90. Porto Alegre, 2003.

6º, § 1º, de la Ley nº 9.882/99 que regula el proceso de la “arguição” de “descumplimiento” de precepto fundamental, atribuyen al Relator de la acción el poder de solicitar informaciones adicionales, nombrar peritos o comisiones de peritos con el objetivo de emitir pareceres sobre la cuestión o, aún, designar audiencia pública para oír declaraciones de personas con experiencia y autoridad en la materia.

Se trata del reconocimiento legislativo de lo que hace mucho se discute en sede doctrinaria, o sea, de que el juzgador del presente debería abrirse a la sociedad para junto a ella, buscar subsidios a la formación de su convencimiento, lo que podría constituir en factor aún mayor de legitimidad del propio Poder.

Para las dos acciones de control a que se refiere la Ley nº 9.868/99 el legislador previó otra innovación digna de nota: la posibilidad de realización efectiva de aquello que Mireille Delmas-Marty¹⁹ denomina de coordinación por entrecruzamiento. Los artículos 9º, § 2º y 20, § 2º, prevén que el Relator de la acción podrá solicitar informaciones junto a los Tribunales Superiores, a los Tribunales Federales y estaduais sobre la aplicación de la norma cuestionada, lo que sin duda fomenta y enriquece el necesario diálogo que se debe realizar entre los jueces con vistas a la mejoría de la prestación jurisdiccional.

Las audiencias públicas son una experiencia reciente en Brasil y han sido realizadas solamente cinco hasta los días actuales. La primera de ellas, que será comentada más específicamente adelante, fue la que ocurrió en el ámbito de la ADI 3.510, propuesta en el 2005, referente a la utilización en investigaciones de células troncales embrionarias, habiendo ocurrido la audiencia pública en abril del 2007 y con decisión por la constitucionalidad de la utilización publicada en mayo de este año.

La segunda audiencia, ocurrida en junio del 2008, fue convocada para la ADPF 101, del 2006, y tiene relación con la importación de neumáticos usados por Brasil. Ya la tercera, de agosto del 2008, se refiere a la ADPF

19 In: Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné. Paris: Seuil, 2006, p. 39-68. La autora insiere la coordinación por entrecruzamiento en el ámbito de lo que denomina de procesos de interacción que ocurren entre diversas esferas de poderes decisorios. En el caso específico de la coordinación por entrecruzamientos dice que puede ocurrir entre órganos jurisdiccionales nacionales o no, destituidos de jerarquía entre sí. Segundo la autora, se trata del reconocimiento de la necesaria interdependencia que existe entre varios conjuntos de órdenes normativas y decisorias que acaba por exigir el establecimiento de un diálogo permanente entre ellas, lo que hace cualquier pretensión de aislamiento imposible y genera, por ello, la llamada “internormatividad de hecho”, una vez que las instancias decisorias acaban por imitar una a las otras, fomentando una “fertilización recíproca” en razón de las influencias cruzadas.

54, cuya cuestión tiene relación con la interrupción del embarazo de fetos anencefálicos, habiendo sido la acción distribuida en el 2004. La cuarta audiencia pública, realizada por el STF en el primer semestre del 2009, la que también se hará referencia a seguir, discutió sobre el deber del Estado de conceder prestación de salud en el ámbito de procesos que versaban sobre el derecho a la salud, decidida la cuestión en marzo del corriente año con la afirmación del deber estatal de suministro. La quinta audiencia pública fue realizada el último mes de marzo y concierne a la acción afirmativa en la forma de cuotas con criterios raciales en las universidades públicas, convocada para la ADPF 186 y el RE 597.285/RS.

3.2 LAS AUDIENCIAS PÚBLICAS EN LA CONCRETIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

Como referido arriba, el ejercicio de democracia que se concretiza por las audiencias públicas con la apertura a la sociedad y aproximación entre ésta y el Judiciario, tiene importante papel a desempeñar en la concretización de derechos previstos en la Constitución, aquí dedicándonos a analizar el derecho a la salud.

En lo tocante al derecho a la salud, cabe observarse, en particular, la audiencia pública en el ámbito de la ADI 3.510 propuesta por el entonces *Procurador Geral da República* Cláudio Fontelles y que se refiere a la cuestión cuanto a la utilización de células troncales embrionarias de embriones humanos en investigaciones y la audiencia pública conocida como 'de la salud', que fue convocada en el ámbito de otras acciones, que no de control directo de la constitucionalidad, de competencia del STF, sino que tienen relación con el derecho a la salud, con la cuestión central en el deber del Estado de efectuar política pública de este derecho fundamental a la población.

La materia objeto de la ADI 3.510 es de aquellas que, reconocidamente, lleva consigo característica transdisciplinarias, porque va más allá de lo jurídico, lo religioso y lo científico y suscita vivo debate, de un lado, sobre el inicio de la vida humana y, de otro, sobre los límites que se pretende imponer a la ciencia, en el marco de disciplinas que hasta hace poco tiempo eran totalmente desconocidas de la comunidad jurídica, como la bioética y el bioderecho.

El Relator del proceso, Ministro Carlos Brito, después de haber permitido que se realizara el debate entre las partes, en atención al principio del debido proceso legal, dando consistencia al artículo 9º, § 1º, de la Ley nº

9.868/99 abrió las puertas de aquel Tribunal a la sociedad, designando audiencia pública para manifestación de entidades y categorías ligadas al tema en discusión, en decisión publicada el día 19.12.2006.

La primera audiencia pública referida se realizó el día 20 de abril del 2007²⁰ y de ella participaron veinticuatro personas, representando entidades de la sociedad civil, de entre ellas, sectores religiosos, científicos, categorías y agrupamientos sociales que se hicieron oír por los once Ministros de la Corte Suprema, exponiendo sus puntos de vista favorables o contrarios al contenido del artículo 5º de la Ley de la Bioseguridad.

De ese modo, se indaga si la audiencia pública se convirtió, así, en símbolo de la práctica de Justicia abierta a la sociedad por haber sido la primera o, más que eso, porque agregó un sentido profundamente democrático a la jurisdicción, viabilizando la aproximación del proceso colectivo de control de la constitucionalidad a la sociedad, en el marco de la concretización de algunos principios procesales conocidos, pero que hasta entonces reposaban en el campo restringido de los procesos de naturaleza individualista.

Sin duda, en lo que tiene relación con la democratización del proceso, esa acción ofrece significativa lección. El artículo 9º, § 1º, no impone al Relator la obligación de oír a la sociedad. Se trata solamente de una permisión. Así, el simple hecho del Relator del proceso haber usado de la prerrogativa que la Ley nº 9.868/99 le atribuye, actuó con osadía y coraje, una vez que optó, de forma consciente, por enfrentarse el desafío, como todo que es nuevo provoca, de recoger elementos junto a los segmentos de la sociedad para la formación del convencimiento de los juzgadores.

¿Por qué osadía y coraje? Porque el ejercicio de la democracia lleva consigo el riesgo del error y de la ilusión, una vez que es por naturaleza diversidad y divergencia. En un tiempo en que se pretende que el proceso sea rápido, informal y simple, aumentar el número de sujetos que de él participan imprime un movimiento contrario a las aspiraciones contemporáneas de Justicia, porque agrega mayor complejidad al acto de juzgar.

20 El sitio del STF indica que fue dada amplia publicidad a la audiencia, con transmisión en vivo de todos los actos por la TV Justicia y por la Radio Justicia. El procedimiento adoptado por el Relator para la realización de la audiencia fue aquel previsto en los artículos 255 a 258 del Regimiento Interno de la Cámara de los Diputados, aplicado analógicamente al proceso judicial, una vez que el Regimiento Interno del STF no poseía en aquella época previsión relativa a la audiencia pública, la cual hoy ya está prevista en el RISTF, incluida por la Enmienda Regimental nº 29 de 2009. Consulte: <http://www.stf.jus.br/>. Acceso el 5 de septiembre del 2010.

Pero, tal vez sea necesario reconocer que la cultura de la urgencia y de la virtualización sustituida por el inusitado del encuentro y de la oralidad, permite que sea prestada una Justicia con más calidad y mayor comprometimiento social. Es que la virtualización, según Benasayag,²¹ y la rapidez que a ella está asociada es, invariablemente el mundo de lo impalpable. Lo real es lo inoportuno, lo opaco, lo que inquieta justamente por clamar un lugar en la cultura de la transparencia. Pero, es justamente este lugar a lo real que fue dado por el STF al permitir que la sociedad, por diversos representantes pudiese hablar en el proceso, convirtiéndose, con eso, en el espacio de la reflexión y del pensamiento.

Se trata de reconocer, de cierto modo, toda la falibilidad de la democracia representativa, una vez que ni siempre el producto final del proceso legislativo puede llegar simplemente a la sociedad. Además, las discusiones que el proceso legislativo posibilita, por veces, no serán suficientes para alejar la duda de la constitucionalidad de la ley.

En ese sentido, el Judiciario llamado a actuar, tradicionalmente, ha dado la última palabra relativamente a la manutención o no en el sistema jurídico de dispositivo legal acusado de violar la Constitución. Y lo ha hecho usando de las prerrogativas procesales que tradicionalmente están previstas en las leyes procesales, siendo la principal de ellas la garantía de lo contradictorio a las partes.

La posibilidad de “oír” a segmentos de la sociedad que la audiencia pública posibilita en el ámbito de las acciones de control directo y concentrado de la constitucionalidad, quiebra la cadena de formas y actos que burocratizan la relación procesal. Al mismo tiempo da a esta última la necesaria abertura para acoger a otras personas que no reúnan en sí la condición de partes, tampoco de terceros intervinientes, sino que se encuentran en una posición fáctico-jurídica que les permite participar “sin ser partes” por las condiciones que reúnen de influenciar en la formación del convencimiento de quien deberá juzgar. Es que la realidad social a ser analizada hoy y que clama por reformas es infinitamente más compleja que aquella del tiempo en que fueron construidos y codificados los principales institutos de derecho procesal. De ese modo, parecía inevitable y deseable mismo que llegase el tiempo en que el Poder Judiciario reconociese sus limitaciones y recurriese a la sociedad para con ella construir la decisión.

²¹ BENASAYAG, Miguel. *La fragilidad*. Paris: La Découverte/Poche, 2007, p. 12.

Es justamente de esa posibilidad que se forja lo que se puede denominar de proceso post burocrático. Presuponiendo la limitación cognitiva de quien juzga, se abre a la sociedad trayendo democratización al proceso, pero al mismo tiempo mantiene la obligación del juzgador mantenerse comprometido con el diálogo procesal, oyendo no sólo a las partes del proceso, sino que también a otros interesados para fundamentar su decisión final, asumiendo la responsabilidad colectiva por la decisión.

Por otro lado, tras oír las declaraciones prestadas en la audiencia pública de la salud convocada por la Presidencia del STF para redimensionar la judicialización del derecho a la salud en Brasil, el Min. Gilmar Mendes²² destacó algunos puntos importantes. Debe ser considerada la existencia o no, de política estatal que abarque la prestación de salud litigada por la parte. Al deferir una prestación de salud incluida entre las políticas sociales y económicas formuladas por Sistema Único de Salud (SUS), el Judiciario no está creando política pública, sino que apenas determinando su cumplimiento.

Esa actitud del Supremo Tribunal Federal de convocar audiencia pública destaca el comprometimiento de la jurisdicción con la guarda de los derechos fundamentales sociales tras haber oído a inúmeros representantes de la sociedad en pleno ejercicio de la oralidad. Ésta crece en importancia en el proceso civil brasileño en correspondencia a los fines a que se destina. En este caso, permitir al juzgador que escuche a la sociedad, perciba su posición, se importe con cuestiones estructurales para solamente después decidir, aunque la causa sea compleja, a decir, al contrario de lo que sugiere Michele Taruffo,²³ que no combina sólo con “casos pequeños”. Sin embargo tal reflexión no aparta la tensión entre la busca social por la concretización de la Constitución y el activismo Judiciario, entendido ese último mucho más como expresión de las opiniones personales o del exacerbamiento de competencias que propiamente el resultado de una actitud creadora adecuada a la Constitución. En el caso específico de las postulaciones judiciales por concretización del derecho a la salud la cuestión crucial es superarse el perfil individualista de proceso, que alimenta la denominada microlitigación y favorece la atomización de los litigios, en favor de su perspectiva colectiva, más apta a enfrentarse el referido derecho en su dimensión colectiva, entonces, molecularizada.

²² MENDES, Gilmar. Vide www.stf.jus.br. Los datos fueron utilizados en el análisis de Suspensiones de Tutela Anticipada (STA s) 175, 178 e 244, el 21/9/2009. Acceso el 5 de septiembre de 2010.

²³TARUFFO, Micheli. Páginas sobre justicia civil. Madri: Marcial Pons, 2009, p. 254.

Para el efecto de este trabajo, el mérito, en la verdad, no es lo que está en cuestión, sino la riqueza de las experiencias realizadas que permite que se vuelva una nueva mirada al proceso y al papel que debe desempeñar para la concretización de los valores democráticos.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Jerárquicamente superior, protegida por el principio de la supremacía constitucional, la Constitución de 1988, trayendo los valores democráticos, generó un proceso de constitucionalización, causando el “alargamiento del espacio constitucional y restricción del ámbito de libertad del legislador”^{24-25*}, en una nueva interpretación que debe ser hecha de las leyes infraconstitucionales y en la sujeción del Legislativo a la Constitución.

Esa nueva concepción de lo que significa y del potencial que tiene la Constitución democrática y que presenta una consistente relación de derechos y garantías fundamentales, en la concretización de los derechos humanos de toda una sociedad, ha recorrido lentamente un camino a afirmarse y arraigarse en el ejercicio del Estado referente a la observancia, aplicación y conformación a la Constitución en la actividad legislativa y jurisdiccional, además de lo que le toca exclusivamente al Ejecutivo, como la promoción de políticas públicas efectivas, de forma que haya un esfuerzo estatal común dirigido a la concretización de los derechos humanos, del cual la sociedad participa por medio de mecanismos democráticos.

El ejercicio de la democracia es, al mismo tiempo que imprescindible a la efectividad constitucional, derecho que, asegurado por la Constitución, necesita de concretización, lo que viene solamente a demostrar que la extensión normativa de la Constitución debe de ser aplicada de forma integral, para la obtención de mejores resultados. La apertura de la jurisdicción a la democracia de la que se ha hablado arriba, iniciada en el 2007, ya produjo efectos de alta relevancia a la colectividad, comprobando la calidad en todos los aspectos que se agrega a la decisión cuando construida democráticamente, además de consistir en experiencias impares, que tenderán a perfeccionarse y consolidarse en la jurisdicción brasileña, principalmente en lo que tienen relación con los derechos sociales.

²⁴CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 58.

²⁵N.T.; Traducción libre de la traductora. Ver original en las referencias bibliográficas.

5. REFERENCIAS

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Da função à estrutura. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Orgs.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição jurídica romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Processo e ideologia: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

BENASAYAG, Miguel. *La fragilité*. Paris: La Découverte/Poche, 2007.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006.

FISS, Owen. *Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Org.) *estudos de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. As decisões de controle de constitucionalidade de normas e seus efeitos. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2007.

MERRYMAN, John Henri. *La tradicion juridica romano-canonica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista AJURIS*, nº 90. Porto Alegre, 2003.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *O desvelar (alethéia) da sumariedade como condição de possibilidade para uma prestação jurisdicional efetiva: Uma tentativa de substancialização do direito processual civil*. Tese. Tomo II. São Leopoldo: UNISINOS, 2004.

SANCHIS, Luis Prieto. Principia iuris: uma teoria del derecho no (neo) constitucionalista para el Estado constitucional. *In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. El Canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TARUFFO, Micheli. *Páginas sobre justicia civil*. Madri: Marcial Pons, 2009.

II

EL CONTROL DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MÉXICO. UN ANÁLISIS JUDICIAL PENDIENTE^{1*}

Enrique Carpizo Aguilar

*** Profesor e investigador visitante en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. e_carpizo@yahoo.com.mx*

SUMARIO:

1. Introducción. 2. El intérprete judicial y sus límites frente a la generalidad de los derechos fundamentales o humanos. 3. Hacia un autocontrol de la magistratura constitucional: ¿precedentes judiciales o meras coincidencias? 4. El control de las reformas constitucionales en México: ¿interpretación o quebranto constitucional? 5. ¿Amparo indirecto, acción de inconstitucionalidad o control judicial previo sobre reformas a la constitución? 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

Uno de los principales contextos que generan una propaganda negativa hacia la adopción de nuevos métodos de interpretación constitucional o de los derechos humanos, descansa sobre la actividad de jueces improvisados que pretenden legitimar al poder arbitrario: bajo los aparentes lineamientos de una técnica interpretativa novedosa. Carpizo, Enrique.

¹ Ponencia presentada en el seminario "La reforma y control de la Constitución. Implicaciones y límites", México, 5 de febrero de 2009, auditorio Héctor Fix-Zamudio, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Versión actualizada al 23 de noviembre de 2009.

1. INTRODUCCIÓN

La justicia constitucional, con aciertos y desaciertos, es quizá una de las más importantes y prometedoras herramientas para la adecuada garantía de los derechos inherentes al ser humano frente al Estado y los grupos del poder organizado.² Un origen contemporáneo se ubica entre los años 20s y 40s del s. g. XX, principalmente con las aportaciones de Hans Kelsen³ y los tiempos en que las naciones europeas advirtieron la gravedad de las acciones provocadas por la Alemania nazi, la Italia fascista o la Rusia de Stalin.⁴ El ejercicio imparcial de la justicia constitucional presupone también la existencia de un poder estadual limitado, así como de instituciones y procesos afines al adecuado cumplimiento de tal limitación.

Esta tendencia, por fortuna reproducida en gran parte de América Latina,⁵ requiere entender que la Constitución es una norma jurídica de eficacia directa y vinculante para autoridades y particulares,⁶ cuya declaración de derechos debe ser vista como un mínimo de prerrogativas humanas, un referente susceptible de ser adicionado o perfeccionado a través de su interpretación, de tratados internacionales o normas de cualquier jerarquía.⁷ La inobservancia de lo anterior legitima una

² Debemos tener presente que, en realidad, no sólo las autoridades del Estado violan derechos humanos o fundamentales, sino también los grupos del poder organizado, como son los sindicatos, los partidos políticos, etc., véase, *infra*, nota 36.

³ Nos referimos a las aportaciones que hizo en las obras intituladas: *La garantía jurisdiccional de la constitucionalidad (la justicia constitucional)*; *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*; *El control de la constitucionalidad de las leyes*; y *La jurisdicción constitucional y la administrativa al servicio del Estado Federal, según la nueva constitución austriaca del 1º de octubre de 1920.*

⁴ Un antecedente más remoto, en opinión de Domingo García Belaunde, sin soslayar el célebre caso de *Marbury contra Madison (U.S. 1803)*, se suscita a principios del s. g. XVI con el caso *Thomas Bonhan*, cuya solución ameritó que el Juez Edward Coke afirmara que el derecho natural está por encima de las prerrogativas del Rey, con lo cual, ninguna orden del monarca podía ir en contra de esa clase de derecho. Cfr. "De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, t. I, pp. 303 a 306.

⁵ Sobre la aparición de órganos judiciales especializados en interpretar la Constitución y su expansión en el mundo, consúltese a Fix-Zamudio, Héctor, "Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, t. I, p. 278 y ss, y a Nogueira Alcalá, Humberto, *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*, Lima, Palestra, 2006.

⁶ En relación al tema de la Constitución como norma, consúltese la obra de García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma*, 4ª. ed., Navarra, Thomson-Civitas, 2006.

⁷ En México, varios estados de la república han reformado sus constituciones para incluir derechos

reclamación ciudadana ante tribunales nuevos o renovados.⁸

El triunfo y aceptación de esta actividad judicial, como instrumento de protección a los derechos humanos, se ha vuelto mundial, muy a pesar de que su funcionamiento genere, en ocasiones, opiniones contrarias sobre la adopción o reiteración de criterios. Sin que con esta afirmación pretendamos justificar los excesos de una justicia constitucional desbocada.⁹

Al margen de esta nota introductoria, agradezco la oportunidad que me brindan los doctores César Astudillo y Lorenzo Córdoba,¹⁰ de compartir algunas reflexiones sobre el control de las reformas constitucionales en México, el cual considero un análisis judicial pendiente. Título con que identifico el contenido general de mi exposición en la que, por esta ocasión, me limito al análisis de la revisión judicial de los actos del Poder Legislativo, particularmente, de los emanados del órgano reformador o revisor de la Constitución; sin dejar de expresar algunas inquietudes sobre un tema poco explorado: los límites al intérprete judicial de la Constitución.

2. EL INTÉRPRETE JUDICIAL Y SUS LÍMITES FRENTE A LA GENERALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES O HUMANOS

Como hemos expuesto a propósito de otro estudio,¹¹ la existencia de métodos y técnicas novedosas para el entendimiento del texto constitucional: permite salir de sistemas de gobierno donde la plena

humanos, incluso, más avanzados que los previstos en nuestra más Alta Norma. Cfr. Constituciones de los estados de Tlaxcala, Veracruz y Sinaloa. Sobre la idea de preferir derechos con independencia de la jerarquía de la norma de donde emanan, se recomienda consultar el principio interpretativo pro homine en su variante de preferencia normativa. Cfr. Carpizo, Enrique, Derechos fundamentales, interpretación Constitucional, la corte y los derechos, México, Porrúa, 2009, pp. 96 y 97.

⁸ Cuando hablamos de tribunales nuevos o renovados, nos referimos al caso de aquellos países que crean un órgano judicial concentrado de constitucionalidad (con independencia de si se sitúa dentro o fuera de la clásica división tripartita de poderes), comúnmente denominado Tribunal Constitucional, frente a los tribunales renovados que simplemente conservan su calidad de instancia judicial (no interrumpida y conocida por el pueblo) pero con funciones que lo convierten en Tribunal Constitucional, incluso, mixto. Cfr. "Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México", en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), Derecho procesal constitucional, 4a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, t. I, pp. 242 y ss.

⁹ Sobre este tema se puede consultar mi libro *Derechos Fundamentales, interpretación Constitucional...*, cit., pp. 135 y ss.

¹⁰ Coordinadores del seminario "La reforma y control de la Constitución. Implicaciones y límites", realizado del 3 al 5 de febrero de 2009 en el auditorio Héctor Fix-Zamudio, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹¹ Carpizo, Enrique, "Algunas reflexiones sobre los límites al intérprete judicial de la constitución" *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, 2009, t. LIX, No. 251, pp. 177 y ss.

vigencia de los derechos fundamentales o humanos no es precisamente un propósito esencial del Estado.¹²

El enfrentamiento del juez constitucional a una avalancha de criterios y teorías interpretativas en pro de la dignidad y libertad humana, propicia que su actividad inteligible se base en criterios dudosos ante la falta de conocimiento o entendimiento toral de tan preciable herramienta interpretativa. Resulta común encontrar críticas que confunden a la interpretación contemporánea de la Constitución: *con la simple y peligrosa discrecionalidad del juzgador*.¹³ Si bien ambos conceptos se relacionan, lo cierto es que de ninguna manera demuestran lo inadecuado de implementar un sistema interpretativo basado en los métodos de la ponderación o la maximización de derechos, entre otros.¹⁴

Entendemos que la perduración efectiva de la Constitución en el tiempo sólo puede conseguirse a través de sistemas interpretativos fiables, prácticos y previsibles, en aras de una correcta o siquiera plausible solución a un caso concreto y sin demérito de impactar en forma positiva al ordenamiento jurídico y sociedad en general.¹⁵ No obstante, la práctica de la bien intencionada interpretación contemporánea, en ocasiones, puede rebasar los propios límites de la actividad inteligible del juzgador.

Uno de los principales problemas en esta labor, se encuentra en la *generalidad y abstracción con que se redacta un derecho fundamental o humano*. He sostenido que los preceptos constitucionales, que consagran derechos humanos, por lo regular establecen principios y valores de gran abstracción, característica generalizada en las Constituciones modernas o actualizadas, cuya interpretación implica un amplio margen de acción y el posible error de que al determinar el contenido de los derechos, el intérprete pretenda introducir cualquier tipo de pretensión excesivamente

¹² El término *derechos fundamentales* lo manejamos como sinónimo de *derechos humanos*. Resulta un tanto difícil sustentar la existencia de *derechos fundamentales* y *derechos no fundamentales* que vendrían a ser los *derechos humanos* no enunciados en el texto de la Carta Magna, sin embargo, existen serias teorías en ese sentido. No obstante, nos sumamos a una teoría de los *derechos fundamentales* incluyente de los *derechos humanos* y viceversa.

¹³ En algunos casos el libre albedrío de un juzgador no representa una buena manera de solucionar un conflicto. En el mejor de los casos trae como consecuencia la emisión de un fallo plausible, en otros, la esencia de lo arbitrario. Pero lo más cuestionable estriba en que el operador jurídico no resuelva un caso con base en la Constitución, en los tratados internacionales aplicables o en el adecuado entendimiento de éstos, sino en meras apreciaciones subjetivas.

¹⁴ Hasta ahora, todo indica que dichos sistemas de interpretación constitucional han beneficiado el modo de entender y proteger las prerrogativas del ser humano.

¹⁵ Se trata de evitar interpretaciones que provoquen la existencia de precedentes constitucionales que pongan en riesgo la viabilidad de la sociedad en sus más diversos ámbitos de acción.

subjetiva y genere una seria devaluación de los derechos fundamentales o caiga en la tentación de ser quien define el contenido de los derechos conforme a su propia discrecionalidad o simplemente aproveche los espacios de apertura del derecho para incluir interpretaciones que auspician arbitrariedad.¹⁶

En principio, las facultades de un órgano de control constitucional posibilitan incurrir en esos y otros excesos, y puede suceder que tales acciones se realicen con la plena intención del intérprete o sin ánimos de causar un perjuicio social; sin embargo, ambas situaciones no dejan de ser desastrosas para una democracia moderna y el juzgador tendrá que armonizar su proceder sin demérito de lo constitucionalmente perseguido, pero por sobre todo, acorde a los derechos, principios, realidades no jurídicas y valores en juego.

Basta recordar que ni siquiera el legislador cuenta con la facultad de asignar libremente el contenido de un derecho fundamental,¹⁷ por ende, el operador jurídico de los derechos humanos, tal y como refiere Edgar Carpio, ha de tener en cuenta que es en la Constitución donde, *prima facie*, debe hallar el contenido de un derecho o libertad protegidos y, en general, el régimen jurídico al cual se encuentra sometido, y agregamos: para luego considerar los tratados internacionales, las costumbres y realidades no jurídicas presentes en la sociedad y necesarias para la solución de un conflicto constitucional.¹⁸

Resulta indudable que si los derechos fundamentales, generales y abstractos, son interpretados en forma tal que su contenido se limite o ultraje, *el ejercicio de la magistratura constitucional perderá credibilidad, reconocimiento social y será condenado a una mala operatividad del derecho*. Estas hipótesis acontecen, por lo regular, en países donde la Constitución ostenta un contenido normativo a detalle cuya práctica o aplicación, la mayoría de veces, se homologa a la cotidiana labor que realiza una jurisdicción de legalidad a través del famoso y socorrido

¹⁶ Sobre los dos primeros errores véase Pérez Tremps, Pablo, "La interpretación de los derechos fundamentales", en López Guerra, Luis (coord.), *Estudios de derecho constitucional. Homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 123 y 124.

¹⁷ Sobre este aspecto hay principios de interpretación constitucional que permiten valorar los excesos o la desproporcionalidad aplicada al momento de legislar o reglamentar el contenido de un derecho fundamental o humano. Cfr. Carpizo, Enrique, *Derechos Fundamentales. Interpretación Constitucional...*, cit., pp. 115 y 116.

¹⁸ "La interpretación de los derechos fundamentales", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, Interpretación constitucional, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. I., p. 347.

método de la subsunción, fungiendo como tribunal constitucional¹⁹ sólo en los casos en que el propio texto de la Alta Norma lo permite.

Algo similar ocurre en México, donde la redacción a detalle de las cláusulas constitucionales conlleva a una interpretación constitucional limitada o incluso cuestionable, como suele ser en aquellos casos donde el producto de la actividad inteligible puede significar un quebranto del texto constitucional, tal es el caso de la ineficaz procedencia, vía interpretación, del amparo indirecto contra una enmienda constitucional.²⁰

3. HACÍA UN AUTOCONTROL DE LA MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL: ¿PRECEDENTES JUDICIALES O MERAS COINCIDENCIAS?

El análisis retrospectivo de la trascendente labor asignada a un juez constitucional, consistente en ser el último intérprete interno de la Constitución, permite considerarla: *punto culminante en la evolución de los órganos judiciales*.²¹ El cuidado intelectual sobre nuevas tendencias de revisión judicial en México, como es el control *a posteriori* de las reformas constitucionales, hoy día, configura una pauta necesaria para la existencia de un adecuado sistema de gobierno judicial compatible con la democracia. Los vacíos normativos de nuestro texto constitucional jamás deberán ser maquillados en aras de una actividad interpretativa que vulnere su contenido esencial y el de su rigidez.

Los límites al intérprete de la Constitución y su consiguiente autocontrol, frente a una actividad excesiva o desbocada, vienen a ser un aspecto importante en el ejercicio prudente de la magistratura, en la conciencia de sus actos y en el tipo de interpretaciones que realiza; es evidente que la sociedad no desea un activismo judicial desmesurado que, en palabras de Aragón Reyes, conduzca a un gobierno de incertidumbre e inseguridad jurídica.²²

Un avance significativo en el ejercicio de la magistratura constitucional es la existencia de jueces versátiles y conscientes del error en que podrían

¹⁹ Corte de Justicia o Sala Constitucional, la denominación no importa sino la función que desempeña como órgano de control constitucional.

²⁰ Véase, *infra*, punto IV.

²¹ Cfr. Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "Algunos aspectos sobresalientes de la interpretación judicial constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, cit., t. I, p. 290.

²² Cfr. "El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad", Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1997.

incurrir si pretendiesen abordar el análisis de un conflicto constitucional con la mentalidad de un jurista formado en torno a la idea del imperio de la ley. En este sentido, las cargas argumentativas de sus fallos se convierten en una forma contundente de mediar el autocontrol en la interpretación del derecho.²³

No debe olvidarse que son tantas las conclusiones a que el juzgador puede arribar, tratándose de la valoración de principios y valores constitucionales, que el ejercicio imprudente de la jurisdicción constitucional genera una tendencia hacia la inseguridad e irracionalidad en el reconocimiento y aplicación del derecho mediante el sustento inadecuado de precedentes judiciales.

Por ello es dable recordar que las decisiones constitucionales: *siempre han de tener en consideración las cuestiones políticas, sociales, económicas, ambientales, etcétera, en que gravita el asunto a dilucidar, y que su actividad no debe desistir de cauces jurídicos*, para lo cual, deberán sustentarse en fundamentos objetivos y normativos vs. arbitrio-arbitrario y, además de evitar modificar los criterios judiciales con base en argumentos que sólo expresan una modalidad del problema de fondo, generar un hilo conductor de precedentes que permita cambiarlos de forma congruente y razonable, pero sin dedicarse a crear bancos de jurisprudencia, en ocasiones, sin sentido y en constante crecimiento.

Sobre estos aspectos consideramos importante la necesidad de contar con un sistema que permita crear: a) criterios judiciales a través del debate plenario y del propio fallo; b) una técnica que limite la existencia de jurisprudencias reiterativas del derecho o del contenido de otros criterios; c) conciencia sobre la incertidumbre jurídica que generan aquellos criterios que resultan contradictorios con el fallo de donde emanan; d) jurisprudencias a base de principios y no de hipótesis fácticas excesivas que sólo complican la solución del caso concreto y el conocimiento del derecho; e) la modificación de criterios en forma sistemática, congruente y razonable, con mayor claridad de la forma en que podrá exceptuarse un precedente, si se trata de una excepción, o los casos en que podrá realizarse un cambio pero con base en aspectos antes inéditos; f) la creación de un sistema que permita al órgano judicial, ante la existencia de criterios contradictorios, abstenerse de dictar sentencia hasta en tanto la Suprema Corte se pronuncie sobre el precedente que deba prevalecer en relación al que limita el contenido de un derecho o agravia la situación de un ser humano; g) extender la obligatoriedad del precedente a todo individuo o autoridad inmiscuido en la restitución del ciudadano en el pleno goce de sus derechos

²³ *Es a través de la inclusión de este tipo de límites en que la sociedad podrá juzgar la actuación del Tribunal Constitucional y determinar cómo es que contrasta el contenido de la norma con la realidad.*

humanos; y h) reducir el número de precedentes que se requieren para constituir jurisprudencia.

Explico el por qué de cada uno de estos presupuestos.

1. En México, la interpretación judicial de la Constitución y de las leyes que de ella derivan se plasma en un extracto de la sentencia principal, es decir, a través de un texto plasmado en una o más cuartillas identificadas como tesis aislada o jurisprudencia, según sea el número de criterios que la conforman o el tipo de proceso de donde derive, que a su vez se componen de un rubro y de sus precedentes.²⁴

Esta feliz integración de la jurisprudencia revela serios problemas, sobre todo cuando el criterio judicial se elabora a partir de una sentencia dictada dos o seis meses posteriores al debate y que no refleja la totalidad de los argumentos vertidos por los ministros en dicha sesión.

Sobre este aspecto, vale recordar el famoso caso de la despenalización del aborto en el Distrito Federal, cuya sentencia, de más de 700 hojas, fue dictada seis meses después del debate plenario, originando que algunos ministros emitieran un voto complementario para expresar su postura en relación al asunto, pues al parecer les resultó dificultoso leer ese fallo y optaron por esclarecer su opinión. Se trata de un caso *sui generis* que demuestra las consecuencias negativas de no contar con un plazo prudente para dictar sentencia. Consideramos que máximo 30 días hábiles, posteriores al debate plenario, serían suficientes para emitir una resolución.

2. Otra situación auspiciante de incertidumbre jurídica es que el criterio judicial de la nación se base en miles de extractos de fallos en constante crecimiento,²⁵ que en muchas ocasiones reiteran el 80 % del contenido total de otros criterios: variando por palabras o ideas vagas que en nada modifican el fondo del precedente original.

Los efectos negativos de este tipo de sistema a la mexicana, provoca, entre otras cosas, un desaliento en su estudio y la casi imposible actualización sobre un alud multiplicador de criterios.

²⁴ El rubro se compone del nombre con que se identifica al criterio judicial, por ejemplo "TRATADOS INTERNACIONALES"; el texto es el desarrollo argumentativo del tema sobre el que versa el rubro, y los precedentes mencionan el nombre de las partes, el tipo de proceso, y el número de expediente de donde emana el criterio.

²⁵ Estos datos se pueden consultar en los informes anuales dados por los presidentes de la Suprema Corte de Justicia durante los periodos 1990-2009.

3. Algo también preocupante es la existencia de tesis aisladas o jurisprudencias²⁶ que no guardan relación o congruencia con el fallo de donde emanan. Algunos magistrados y ministros se jactan en decir que los criterios judiciales no deben ser diferentes a la sentencia sino parte integrante de la misma. Si bien esta tendencia obliga al secretario a redactar su proyecto de sentencia en forma tal que pueda servir para la creación de una o más tesis aisladas o jurisprudencias, lo cierto es que, en la práctica, son pocos los secretarios de estudio y cuenta que trabajan así, por lo que la integración del precedente se realiza, algunas veces, con base en argumentos ajenos o accesorios que conllevan al sustento de jurisprudencias que entran en contradicción con el fallo principal.

4. Un aspecto importante es la escasa existencia de tesis aisladas y jurisprudencias que basen la interpretación y protección del derecho en principios y valores emanados de la Academia, la Constitución, los Tratados Internacionales y la Jurisprudencia internacional, lo cual provoca un cúmulo insaciable de criterios formados a partir de interpretaciones literales o legalistas del derecho que crean jurisprudencia a través de premisas fácticas que sólo reiteran el contenido de la ley.

5. Es indispensable contar con un sistema razonable para la creación, modificación, excepción o sustitución de la jurisprudencia. La simple expresión se cambia o abandona el criterio adoptado con anterioridad porque no estamos de acuerdo con el pensar de esa integración: pone en tela de duda la seriedad con que se adopta un criterio judicial en nuestro país.

Un ejemplo lo encontramos en las palabras pronunciadas por el Ministro Genaro David Góngora Pimentel, al cambiar su voto sobre la desalentadora procedencia del proceso de amparo indirecto contra violaciones formales en el proceso de enmienda constitucional, particularmente cuando afirmó ante el Pleno: "Creo que me equivoqué [y] debo votar en el sentido de que no procede el amparo ni en cuanto al fondo ni en cuanto al procedimiento legislativo".²⁷

Este tipo de argumentos para la variación o cambio total de un criterio, son los que un juzgador responsable debe evitar ¿por qué?

²⁶ Hacemos la distinción porque la tesis aislada no tiene el mismo valor vinculante que la jurisprudencia, pero orienta el criterio de la Suprema Corte y demás órganos integrantes del Poder Judicial, Tribunales Administrativos o del Trabajo, sean estos federales, estatales o del Distrito Federal, así como el de los Tribunales del fuero militar, en el entendido de que pueden acoger entre una u otra por simple conveniencia, sin desconocer la preeminencia del rango superior otorgado a la jurisprudencia.

²⁷ Versión estenográfica de la sesión de Pleno celebrada el 2 de junio de 2009 en la Suprema Corte de Justicia. También existen algunas notas periodísticas como la siguiente: "Protegen reformas constitucionales", *El informador*, <http://www.informador.com.mx/mexico/2009/108374/6/protegen-reformas-constitucionales.htm>

porque sus decisiones no se toman sin base jurídica o sin conocimiento de las consecuencias de su voto, y porque sustentar un criterio y luego desdecirse del mismo, sin mediar un tiempo prudente, repercute seriamente en la credibilidad del Tribunal Constitucional: sobre todo cuando no existen razones suficientes o hechos supervenientes en relación al punto controvertido, sino una simple equivocación que propició enteras ganancias al quejoso que si obtuvo una sentencia favorable con motivo de una ¿injusticia?²⁸

Basta recordar que en septiembre de 2008 Góngora Pimentel fue parte de los seis ministros que contra cinco hicieron precedente los amparos promovidos por empresarios y televisoras que cuestionaron el procedimiento de reformas a la Constitución y el contenido de las mismas por considerar arbitraria la prohibición a los partidos políticos y a los particulares para contratar espacios de difusión electoral en radio y televisión. Sin embargo, cuando la sociedad esperaba que los restantes quejosos fueran amparados en cuanto a similares actos reclamados, el Ministro Góngora, en aras de una certidumbre jurídica titubeante, comentó que después de meditar sobre el tema había decidido reconsiderar su postura y optar porque sean desechados los amparos promovidos contra reformas a la Constitución.

¡Pero eso no es todo! el Juez adujo creer haberse equivocado, por lo que no hubiera extrañado que en forma posterior retomara el criterio que modificó u otro que “crea” más interesante.

6. El Poder Judicial Federal siempre ha estado conciente de la constante y a veces innecesaria contradicción en sus criterios, lo que lo ha llevado a crear orgullosamente, con apoyo en el legislador, una súper jurisprudencia. Me refiero a la emanada de la contradicción de tesis. La creación de este tipo de precedente requiere que el Alto Tribunal determine el criterio que debe prevalecer cuando exista contradicción entre los sustentados por el Pleno y las salas de la Suprema Corte o los tribunales colegiados de circuito, con el pequeñísimo detalle de que lo resuelto en nada beneficia a la parte que perdió ante el sustento de un criterio judicial declarado contradictorio,²⁹ esto es, injusto o arbitrario.

²⁸ Nos referimos al amparo concedido con base en el argumento, sustentado por la mayoría en el Pleno, de que sí es procedente la revisión del procedimiento seguido para la reforma constitucional.

²⁹ Artículos 197 y 197ª de la Ley de Amparo.

Por esto es que existen fallos provenientes de tribunales colegiados que restringen derechos con base en una jurisprudencia que los justifica hasta en tanto no se denuncie la contradicción de tesis existente. No importando la limitación de derechos por aplicar un criterio posteriormente declarado superado, pues la resolución que dicta la Corte no afecta las situaciones jurídicas concretas derivadas de los procesos en los cuales se hubieren dictado las sentencias contradictorias o aplicado el criterio declarado nulo.

Sostengo que el órgano judicial, ante la presencia de criterios contradictorios, debe a) abstenerse de dictar sentencia; b) denunciar ante la Suprema Corte la existencia de criterios contradictorios; y c) resolver el conflicto una vez que la Corte determine el criterio judicial que prevalece. Esta actividad actualiza, con mayor eficiencia, la certeza jurídica. Sin soslayar aquellos casos en que la Corte pueda pronunciarse sobre asuntos contradictorios ya resueltos.

Otro tema que se debe superar es la limitada legitimidad activa para denunciar la existencia de criterios judiciales contradictorios. La Ley de Amparo, en su artículo 197, sólo reconoce legitimidad a los ministros que hayan intervenido en el dictado de la tesis contradictoria, al Procurador General de la República y a las partes en el proceso donde fue sustentada la tesis o jurisprudencia contradictoria, pasando por alto el interés legítimo de los ciudadanos o funcionarios ajenos al proceso, como podría ser en este último caso el ombudsman o las asociaciones no gubernamentales, que se han percatado de la existencia de un criterio contradictorio en relación con otro.

No causa asombro que en el actual Estado Constitucional de Derecho, la existencia de miles de jurisprudencias, potencialmente sujetas a un cambio discrecional o repentino ante las falsas o someras apreciaciones a un caso concreto, produzca incertidumbre jurídica tanto en el plano educativo como en el práctico, ya que en vez de establecer principios y a partir de allí argumentar y resolver un conflicto, obligan al juzgador a operar a través de la subsunción de la jurisprudencia con excesiva carga fáctica y no a partir de principios y valores: situaciones que opacan la certeza sobre el futuro proceder del aparato judicial.

Al respecto observamos que la sede judicial mexicana no cuenta con sistemas razonables para el sustento de sus criterios. Ello se advierte, por mencionar algo, de los súbitos cambios de parecer sobre la procedencia de las demandas de amparo indirecto que reclaman la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales, tal es el caso del amparo Camacho, la controversia constitucional en materia indígena y la

acción de inconstitucionalidad contra la reforma electoral, precedentes que muestran, salvo casos de estricta legalidad, la inestabilidad del criterio judicial mexicano que actualmente parece sobrevivir por mera coincidencia de opiniones: más no de razón.

7. Un aspecto que también correspondería reflexionar vía interpretación a la Corte, es el aumento de los sujetos obligados por el precedente. Es una verdadera pena que las autoridades que no se encuentran obligadas por el precedente: continúen aplicando preceptos o reiterando actos que se fundan en leyes declaradas inconstitucionales por el Poder Judicial de la Federación

Sería muy conveniente extender los efectos de la jurisprudencia y obligar a toda autoridad o individuo inmiscuido en la restitución del ciudadano en el pleno goce de sus derechos humanos. La propuesta atiende en lo fundamental, a la razón de que no pueden coexistir con el fin restitutorio de derechos: interpretaciones fraudulentas que tengan por objeto la evasión de cumplimiento al fallo protector, por el hecho de que a una autoridad no le resulte vinculante una sentencia o jurisprudencia, pues estimamos que las resoluciones o criterios tendentes a la protección de los derechos humanos o que confirmar la existencia de normas inconstitucionales deben ser obligatorios para todas las autoridades de la nación hasta en tanto dicha sentencia no sea superada.

Del lado de aquellos que evaden, por razones formales y legales, cumplir con el contenido de una jurisprudencia, se encuentra el Instituto Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT), perteneciente al ejecutivo federal, cuyo titular a sabiendas de que el fundamento de su actuar³⁰ fue declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia: continúa aplicándolo en un constante detrimento de derechos.

Dicha autoridad, justifica su arbitrariedad bajo el argumento de que la jurisprudencia emitida por la Corte de Justicia no le obliga³¹ y, por ende, no acatará el precedente judicial a menos de que todos los ciudadanos implicados, más de seis millones de personas, se amparen y sea la propia Corte quien, a través del incidente de inejecución de sentencia, lo aperciba con la destitución de su cargo para declarar procedente la entrega de

³⁰ Artículo Octavo Transitorio del Decreto de Reformas y Adiciones de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 6 de enero de 1997, cuya entrada en vigor fue el 1° de julio del mismo año.

³¹ Es ese mismo sentido existe la jurisprudencia 2a./J. 38/2002: "JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN OBLIGADAS A APLICARLA AL CUMPLIR CON LA GARANTÍA DE FUNDAR Y MOTIVAR SUS ACTOS.", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, SCJN, t. XV, mayo de 2002, p. 175.*

las cantidades que desvió de un fondo económico nacional con apego a un precepto legal que contraviene el artículo 123, fracción XII, de la Constitución Federal.³²

8. Es urgente que se tomen las medidas necesarias para reducir el número de precedentes que actualmente se requieren para integrar jurisprudencia.³³ Creemos que la jurisprudencia debe integrarse con máximo tres precedentes y en uno sólo cuando el órgano judicial dilucide asuntos que guardan relación directa con los derechos humanos o temas de gran interés para el sistema jurídico nacional.

Existen criterios que marcan un avance importante en temas donde lamentablemente se requiere la existencia de una quinteta de precedentes para poder extender sus efectos y normar el criterio que debe prevalecer sobre otro, no del todo idóneo, que sí reúne la calidad de jurisprudencia. Así aconteció en un caso importante donde toco a la Suprema Corte realizar una nueva interpretación del artículo 133 constitucional. Me refiero a aquella determinación que brinda a los tratados internacionales una jerarquía inferior a la Constitución pero con la novedad de que ya no se encuentran en el mismo nivel de las leyes federales, ni por debajo de éstas, sino por encima de ellas y en un segundo plano respecto de la Carta Magna.³⁴

Esta interpretación se acerca un poco más al tema de que los tratados internacionales que postulan derechos humanos: no deben estar por debajo de la Constitución sino a su mismo nivel, situación que permite la aplicación en conjunto de criterios interpretativos a favor del ser humano. No obstante, ese avance interpretativo de la Corte no puede llegar a ser generalizado ante la existencia de un precedente judicial que dispone entender a los convenios internacionales por debajo de la Constitución y

32 Tesis 2a./J. 32/2006: "INFONAVIT. EL ARTÍCULO OCTAVO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMA LA LEY RELATIVA, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 6 DE ENERO DE 1997, TRANSGREDE EL ARTÍCULO 123, APARTADO A, FRACCIÓN XII, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, SCJN, t. XXIII, marzo de 2006, p. 252.*

33 *En la acción de inconstitucionalidad y en la controversia constitucional ya no es preciso que existan cinco criterios, sin uno en contrario, para generar jurisprudencia, basta con una votación calificada de cuando menos ocho votos. En materia electoral, la Sala Superior emite jurisprudencia con base en tres precedentes judiciales. Sin embargo, en materia de amparo, los tribunales colegiados de circuito continúan sentando jurisprudencia con cinco criterios ininterrumpidos.*

34 Tesis aislada P. LXXVII/99: "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, SCJN, noviembre de 1999, t. X, p. 46.*

al mismo nivel de las leyes federales, el cual sí es jurisprudencia³⁵ y tiene un nivel superior de operatividad frente a la referida tesis aislada P.C/92.³⁶

4. EL CONTROL DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MÉXICO: ¿INTERPRETACIÓN O QUEBRANTO CONSTITUCIONAL?

No cabe duda que determinar y concretizar el contenido de los derechos humanos es un aspecto de la justicia constitucional que puede resultar atractivo para buscar y encontrar ciertas líneas argumentativas que permitan disfrazar lo parcial de una decisión judicial en aras de favorecer a determinado grupo del poder oficial organizado o del poder no gubernamental.³⁷

Por ende, es importante tomar en cuenta que la imprudencia del operador jurídico que actúa sin percatarse de las voces que se postulan en contra de un arbitrio-arbitrario, implica una demostración distorsionada e incluso negativa de las nuevas tendencias de interpretación que a su vez justifica que algunos académicos tengan cierta desconfianza hacia la idea de aplicar nuevos métodos de interpretación al Código Supremo.³⁸

Si bien el juez en ningún momento se encuentra facultado para legislar o suplir al legislador en el reconocimiento de un derecho a título discrecional y sin expresar las razones argumentativas que justifican el ejercicio de tan elevada función del Estado,³⁹ no debemos olvidar que el margen de acción

35 Tesis P. C/92: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, diciembre de 1992, t. 60, p. 27.

36 *Muy a pesar de que el Máximo Tribunal, al final de dicho precedente aislado LXXVII/99, asiente una nota que dice "Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Número 60, Octava Época, diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA". Cfr. Ibidem.*

37 *En este segundo sector, siguiendo a Mauro Cappelletti, se encuentra el poder y la influencia de las corporaciones, de los sindicatos, de los grupos de profesionistas, de los partidos políticos y de las religiones. Cfr. "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional", Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, No. 17, p. 12.*

38 *Esa situación, urgente de cambiar, despierta nuestro interés por advertir la existencia de límites a la función judicial: en pro de un mejor desempeño. Se trata de un tema que permite señalar lo inadecuado o reprochable de una interpretación constitucional totalmente alejada de su verdadera esencia y auspiciante de irregularidades. Cfr. Carpizo, Enrique, Derechos Fundamentales. Interpretación Constitucional..., cit., pp. 13 a 22.*

39 *Canosa Usera, Raúl, "Interpretación constitucional y voluntad democrática", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), Interpretación constitucional, cit., t. I., pp. 245 y ss.; también puede consultarse a*

para la interpretación de un derecho, un principio o un valor, no únicamente requiere de serias valoraciones jurídicas y axiológicas sino también de un activismo judicial consciente de que la concretización de un derecho humano se orienta a mantener una armonía social donde la actividad inteligible sobre un precepto de la Constitución o tratado internacional no significa romper la paz ciudadana o establecer una brecha entre norma y realidad, al contrario, dicha función se traduce en una forma de integrar o conciliar ambos aspectos de la vida cotidiana.

Estas ideas en nada justifican que un juez constitucional aproveche la existencia de espacios abiertos, vacíos o silencios constitucionales, para apelar a técnicas novedosas que no guardan relación con el marco jurídico del País o territorio estadual donde pretende aplicarlas, pues el hecho de que un tribunal constitucional no pueda desligarse del orden político, por ser así su función en reiteradas ocasiones, ello no implica que sus decisiones deban adoptarse, como apunta Fernández Segado, por motivos de oportunidad o conveniencia política.⁴⁰

Porello, el control constitucional siempre deberá basarse en razones jurídicas que puedan ser sometidas a reglas de verificación; lo contrario, propiciaría el sustento de magistraturas que, incluyendo aquellas cuya especialidad se refiere a la materia electoral, de ser jurídicas pasan a ser extremadamente políticas y auspicientes de un verdadero quebranto constitucional.

De ahí que resulte un tanto cuestionable que, por mayoría de votos, nuestra Suprema Corte declare improcedente la acción de inconstitucionalidad promovida contra la llamada reforma constitucional en materia electoral,⁴¹ por considerar a las modificaciones del texto constitucional una “norma general” que escapa al concepto de “normas generales” que regula la procedencia de dicha garantía constitucional,⁴² para luego determinar al amparo indirecto como medio idóneo para la impugnación de reformas constitucionales, pasando por alto las penurias

Häberle, Peter, “Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, trad. de Héctor Fix-Fierro, *ibidem*, pp. 140 y ss.

40 “Reflexiones en torno a la interpretación constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional, Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, t. IV, p. 3351.

41 *Acciones de inconstitucionalidad 168/2008 y su acumulada 169/2008, promovidas por los partidos políticos de Convergencia y Nueva Alianza.*

42 *Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: ... Fracción II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

y la carencia de efectividad que dicho proceso constitucional padece, en general, desde hace más de tres décadas⁴³ y, en particular, sobre la impugnación de leyes o reglamentos estatales o federales.

Al respecto, basta recordar que el efecto relativo de la sentencia protectora del amparo indirecto contra leyes permite la inaplicación de la norma impugnada a tan sólo aquellos ciudadanos que hayan promovido dicho proceso y alcanzado resolución favorable. La ciudadanía restante seguirá viviendo bajo el yugo de normas inconstitucionales.

La parcial eficacia jurídica a que arriba la procedencia del amparo indirecto contra actos del poder reformador de la Constitución, se hubiera podido evitar con la pertinencia de la acción de inconstitucionalidad cuya sentencia, entre otras ventajas, tiene efectos generales. Sólo cabría reflexionar sobre un aumento de sujetos legitimados que permita incluir a los grupos del poder organizado.

En septiembre de 2009, se presentó un caso que muestra la necesidad de contar con una legitimidad activa más abierta en la acción de inconstitucionalidad. Me refiero al caso de un grupo de mujeres oaxaqueñas que decidieron realizar marchas en contra de una reforma a su Constitución local que protege al producto de la concepción a partir de la fecundación. Ellas solicitaron apoyo al ombudsman local para impugnar dicha reforma pero les fue imposible conseguirlo, quedando ese reclamo social sin una solución jurisdiccional.⁴⁴

Retomando el caso del amparo indirecto promovido contra enmiendas constitucionales, conviene señalar que la Corte revocó el desechamiento dictado por el juez de distrito ante la evidente improcedencia de la vía.

La línea dada por el Ministro ponente al aceptar expresamente en su resolución, pero fuera de la litis constitucional,⁴⁵ la existencia de límites formales y materiales en el ejercicio del órgano revisor o reformador de la Constitución, fue suficiente para que el órgano de control constitucional “inferior”, resolviera, pese a su plenitud de jurisdicción, que al no haberse llevado la reforma constitucional conforme a lo previsto en el artículo 135 constitucional procedía conceder el amparo y protección de la justicia

⁴³ Sobre este tema se puede consultar la obra de Zaldivar Lelo De Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, 2a. ed., México, Porrúa, 2004.

⁴⁴ Sobre este caso existen múltiples notas periodísticas en Internet.

⁴⁵ La materia de la litis sólo consistió en determinar si existía o no un motivo manifiesto e indudable de improcedencia, siendo contrario a toda técnica de amparo: un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

federal para el efecto de que al quejoso no se le aplique, en el presente y para el futuro, el artículo impugnado.⁴⁶

El fallo del juez federal, a la luz de las directrices dadas por la “superioridad”, concretizó el riesgo de que nuestra nación cuente con un sector social bajo la protección de una Constitución diversa a la operante en aquellos sectores de la sociedad mexicana que no se ampararon o que no lograron obtener el amparo; en este último caso se encuentran los ciudadanos que se vieron afectados con el “me equivoqué” de Góngora Pimentel al revalorar su postura y sumarse a la entonces minoría que consideró improcedente la impugnación de cambios a la Constitución mediante amparo indirecto. El ministro Góngora comenta que en el fondo de estos “juicios”, refiriéndose a los amparos promovidos por Televimex del grupo Televisa, el juez deberá negar el amparo porque las reformas a la Carta Magna no pueden ser impugnadas en México.⁴⁷

En este sentido cobra relevancia nuestra opinión vertida en el punto III, de este estudio sobre ¿precedentes judiciales o meras coincidencias? pues tal parece que las decisiones de algunos miembros de la Corte de Justicia mexicana se toman al vapor y cambian su sentido en la medida y términos en que lo desean, operando la discrecionalidad vs la certeza jurídica de la sociedad a través del precedente judicial.

5. ¿AMPARO INDIRECTO, ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD O CONTROL JUDICIAL PREVIO SOBRE REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN?

El amparo indirecto es uno de los principales procesos constitucionales con el que cuenta un mexicano o extranjero, en territorio nacional, para defender sus derechos humanos frente a los actos arbitrarios del poder o autoridades de facto. Ese medio de control constitucional es utilizado en diversas materias. Héctor Fix-Zamudio enseña que la operatividad del amparo se extiende a todas las ramas del derecho y no sólo sirve para impugnar actos sino también leyes o reglamentos, locales o federales, cuya vigencia vulnere nuestros derechos.⁴⁸

⁴⁶ Sentencia dictada en el amparo indirecto auxiliar 139/2009-I, formado con motivo de la remisión del diverso 1753/2007-E. Juzgado Quinto de Distrito en el Estado de Morelos con sede en Cuernavaca. Quejoso: Asociación de Industriales y Empresarios de Morelos, Sindicato Patronal, Adiem-Coparmex. Autoridades responsables: Congreso de la Unión y otras. Esta sentencia se dictó en acatamiento al fallo dictado por la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 168/2008 y su acumulada 169/2008.

⁴⁷ Véase, *supra*, apartado III, punto 5.

⁴⁸ Cf. Estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano, México, Porrúa, 2005, pp. 257 y ss, y Ensayos sobre el derecho de amparo, México, Porrúa, 2003, pp. 619 y ss.

La garantía procesal de amparo ha sido considerada, por muchas décadas, una panacea nacional. Sin embargo, la reforma constitucional de 1994 puso un límite material a esta percepción a través de la paulatina eficacia y procedencia de la acción de inconstitucionalidad y de la controversia constitucional.⁴⁹

Es evidente que en un tema tan importante como la impugnación de leyes o enmiendas a la Constitución, el instrumento procesal que debe proceder para ello tiene que ser lo suficientemente eficaz para otorgar una protección idónea al titular de una reclamación fundada. Por ello, la Suprema Corte, ante la impugnación de la reforma electoral, vía acción de inconstitucionalidad, debió de analizar con mayor detenimiento el caso e interpretar en forma extensiva la fracción II, del artículo 105 Constitucional y declarar procedente el control abstracto para revisar reformas constitucionales.⁵⁰ Si bien en la actualidad es impensable aceptar la existencia de un órgano revisor absoluto de la Constitución, lo cierto es que resultó apresurada la determinación del Alto Tribunal consistente en declarar procedente al amparo indirecto contra modificaciones constitucionales.

Reconocer la existencia de una vía para verificar el cumplimiento de los límites implícitos o expresos que la propia Constitución impone a su reformador, no significa realizar interpretaciones restrictivas que tengan por finalidad descartar la procedencia de instrumentos procesales oportunos para revisar el ejercicio del órgano constituido y encargado de operar en términos de los límites implícitos que nuestra Constitución prevé y de lo previsto por el artículo 135 constitucional que dispone los requisitos a que se debe ceñir una el procedimiento de reforma constitucional.

Era necesario que la Corte de Justicia advirtiera, como desde luego hizo, que los efectos dados a la sentencia dictada en una acción de inconstitucionalidad, por vez primera en México, van más allá de los otorgados al amparo en general: cuya protección surte efectos sólo entre partes. No hace falta más que leer el artículo 105 constitucional para percatarse de que la resolución emitida en la acción abstracta de constitucionalidad, aprobada con el voto de cuando menos ocho ministros, tiene consecuencias *erga omnes*, característica que le brinda un nivel de efectividad superior al

⁴⁹ Estos procesos constitucionales se encuentran regulados en la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 11 de mayo de 1995.

⁵⁰ Con motivo de la reforma constitucional en materia electoral, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 13 de noviembre de 2007, dos de las ocho fuerzas políticas del país, Convergencia y Nueva Alianza, solicitaron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante la acción de inconstitucionalidad, el análisis de la presunta inconstitucionalidad de dicho producto legislativo.

que tiene el amparo, por lo que si se tenía que escoger entre un proceso constitucional idóneo para reclamar una enmienda constitucional y el amparo indirecto contra leyes, era evidente que nuestro Máximo Tribunal debió inclinarse por aquella garantía que mejor protege al ciudadano, esto es, por la acción de inconstitucionalidad: instrumento resuelto en primera y única instancia por nuestros máximos juzgadores.

Los aspectos negativos de la procedencia del amparo indirecto contra vicios en el procedimiento de una reforma a la Constitución, no únicamente se limitan a los efectos relativos de su sentencia sino que además conlleva a una situación social inestable ante un sistema constitucional para unos e inconstitucional para otros. Nos referimos al riesgo de que México cuente con un sector social bajo la protección de una Constitución diversa a la operante en aquellos sectores de la sociedad que no se ampararon o que no lograron obtener la protección de la justicia federal.⁵¹

Afortunadamente el voto del Ministro Góngora indica que posiblemente ya no será un juez de distrito el que se ocupe de analizar el respeto a los límites formales o materiales en el ejercicio del poder revisor o reformador de la Constitución, por lo que ante cambios tan repentinos, esperamos que el Pleno llegué a la convicción de que la vía idónea para ello es la acción de inconstitucionalidad.

Los vaivenes de la Corte en cuanto a la revisión de las reformas constitucionales⁵² hace ver que se trata de un tema muy espinoso para el Poder Judicial Federal, cuyos ministros han puesto de manifiesto sus más variados criterios. Resulta indispensable la existencia de un medio procesal que garantice el cumplimiento a los límites formales y materiales del órgano revisor de la Carta Magna. La idea de un poder reformador absoluto de la Constitución: es inaceptable,⁵³ pero otro aspecto que también resulta urgente tratar es que el órgano controlador de tales actos también requiere de límites en su actuar y el punto ahora consiste en determinar ¿cuáles son esos límites? y ¿cuál es el contenido que deben ostentar?

Al respecto consideramos que la medida implícita en el operador jurídico, al momento de tomar sus decisiones, es la clave que le dará acceso a un

⁵¹ Véase, *supra*, punto IV.

⁵² Recuérdese al amparo Camacho, la controversia constitucional en materia indígena, la acción de inconstitucionalidad sobre la reforma electoral y el amparo indirecto promovido por la Asociación de Industriales y Empresarios de Morelos, Sindicato Patronal, Adiem-Coparmex.

⁵³ Dicho órgano constituido se encuentra limitado a ejercer en armonía con los principios democrático, liberal y de supremacía constitucional, sin demérito de aquellos tratados internacionales, en materia de derechos humanos, signados y ratificados por el Estado Mexicano.

adecuado impacto de sus fallos en sociedad. Resulta claro que el órgano encargado de analizar la constitucionalidad de los cambios vertidos a la Carta Fundamental, jamás deberá obviar estudiar, establecer y respetar, los límites con que debe actuar en tan importante función revisora. Pasar por alto esta situación conduce a un sistema judicial donde la preocupación de hoy por modular el ejercicio del poder reformador de nuestra más Alta Norma, mañana se ocupará de los encargados de examinar tal proceder, claro está, si es que se trata de un control externo al legislativo, posterior o incluso previo a la reforma constitucional, pero realizado en exceso.

No obstante, es dable reconocer lo oportuno de contar con un control *a priori* de las reformas constitucionales. Sobre este tema cobra especial importancia que sea el Tribunal Constitucional, Suprema Corte de Justicia en México, el que emita un dictamen sobre la viabilidad o no de un proyecto de reforma constitucional; y sólo en caso de que se cuente con una opinión judicial desfavorable: el órgano revisor de la Constitución tendrá la obligación de someter la aprobación o desaprobación de su proyecto a *referéndum*.⁵⁴

Proceder en este sentido, lejos de causar asombro en nuestros días, recuerda que las principales ideas del constitucionalismo moderno se basan, entre otros aspectos, en la distinción entre poder de origen, constituyente, y poderes derivados, constituidos.⁵⁵

6. CONCLUSIONES

Primera: La interpretación del texto constitucional a través de nuevas tendencias metodológicas encaminadas a la efectiva protección de los derechos humanos, en nada justifica el empleo discrecional de las mismas en aras de una decisión oportunista o legitimadora de intereses ajenos a las demandas de dignidad y justicia equitativa. El ejercicio prudente de la función judicial permite a sus operadores inclinarse por un autocontrol orientado a salvaguardar esos principios en forma flexible y coadyuva eficazmente en la limitación de criterios desalentadores de su labor interpretativa. Otorgar sentido a un conjunto de normas, valores o principios, pese al margen abierto de inteligibilidad que representan: no implica dar rienda suelta a la discreción como sinónimo de arbitrariedad;

⁵⁴ Cfr. Carpio, Jorge, *El tribunal constitucional y sus límites*, Perú, Grijley, 2009, pp. 107 y ss.

⁵⁵ Hemos de tener claridad sobre el abismo que divide el ejercicio del poder constituyente frente al del constituido, pues de esta distinción parte el entendimiento de los límites al ejercicio del poder reformador de la Constitución que en ningún caso ostenta la calidad de titular absoluto de la soberanía.

Segunda: Propongo reflexionar la viabilidad de renovar el sistema jurisprudencial mexicano y otorgar a sus precedentes un mayor efecto vinculante que alcance a todo sujeto o autoridad, inclusive de facto, involucrado en la total restitución de los derechos vulnerados al quejoso. Debemos reducir a un máximo de tres el número de criterios requeridos para integrar jurisprudencia en materia de control constitucional. En procesos constitucionales de la competencia de la Corte de Justicia y de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, a partir de la reforma constitucional de 1994, no se requiere una quinteta de sentencias para hacer obligatorio un precedente sino de uno aprobado por cuando menos ocho votos o de tres criterios si se trata de la jurisprudencia creada por la Sala Superior. El número de votos para constituir jurisprudencia, en la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional, se debe reducir a mayoría simple.

Sostengo que sería factible que, cuando el proceso de amparo verse sobre la interpretación de un derecho humano o temas trascendentales para el sistema jurídico nacional, la jurisprudencia se configure a partir de una sola resolución;

Tercera: En la jurisprudencia por contradicción de tesis propongo que los órganos jurisdiccionales susceptibles de aplicar un criterio contradictorio, se abstengan de dictar sentencia hasta en tanto comuniquen a la Suprema Corte de de Justicia sobre la presunta contradicción y ésta determine el criterio que deba prevalecer. Sólo a partir de que se tenga esta decisión se podrá continuar con el proceso que motivó la disyuntiva y dictar sentencia con mayor certidumbre jurídica. Con esto evita la existencia de resoluciones que quitan o dan con base a un criterio que entra en contradicción con otro y que posteriormente se declara superado;

Cuarta: La actividad del órgano revisor de la Constitución no tiene por alcance sustituir o destruir los propósitos fundamentales del poder constituyente: aspectos de la función revisora que son la tentación de todo órgano reformador de la Constitución. Consideramos factible un sistema constitucional donde el órgano revisor o reformador de la Constitución, en forma previa a solicitar el voto aprobatorio de las legislaturas locales,⁵⁶

⁵⁶ *El procedimiento de reforma constitucional en México, previsto en el artículo 135 de la Carta Magna, consiste en lo siguiente: "La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el computo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas." Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

someta el contenido del proyecto de reforma a la consideración de un órgano de control constitucional, como sería la Suprema Corte de Justicia en México, para que éste se pronuncie técnicamente a favor o en contra de dicha adición; y sólo en caso de que exista una opinión judicial desfavorable: el poder revisor de la Constitución ponga a consideración del pueblo las bondades de su propuesta a través de referéndum, y que sea la ciudadanía quien la apruebe o desapruebe.

La implementación de un sistema de control previo afianza aún más la democracia y evita: a) las complejidades a que podría llevar una mera revisión vinculante sobre el correcto apego del producto legislativo a principios y valores constitucionales; b) que el sistema constitucional se debilite ante la inexistencia de límites claros en el ejercicio del órgano judicial encargado de revisar los actos del poder reformador de la Constitución; y c) que el Poder Judicial Federal se convierta, como postula la objeción contramayoritaria, en un freno legal a la actividad democrática del país a través del sustento de una revisión a posteriori; Quinta: Es dable que la presión social ejercida ante la Corte por algunos medios de comunicación, partidos políticos o el empresarial agraviado, no se deje sentir en el contenido de sus fallos, ni en la variación de sus votos, pues al haber optado primero por declarar procedente al medio de control constitucional menos incomodo o dañino para la valoración de la actividad del poder legislativo o del órgano revisor de la Constitución, como fue el amparo indirecto, habiendo podido interpretar en forma extensiva⁵⁷ el contenido de la fracción II, del artículo 105 constitucional, que regula la procedencia de la acción de inconstitucionalidad, para incluir en el concepto “normas generales” a todo producto legislativo que sea impersonal, general y abstracto, con independencia del catálogo legal o constitucional al que pertenezca, provocó que la mayoría en el Pleno prefiriera: a) interpretar a la Carta Magna en forma limitativa y por consecuencia declarar la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad;⁵⁸ b) homologar su ejercicio jurisdiccional al de un tribunal de legalidad; y c) delegar su función de control, en primera instancia, a un juez de distrito; y

Sexta: Afortunadamente el voto del Ministro Góngora puede “superar” la situación referida en el inciso c) de nuestra quinta conclusión.⁵⁹ Pero

⁵⁷ Expongo este principio de interpretación en el apartado V, del capítulo sexto de mi libro *Derechos Fundamentales. Interpretación Constitucional...*, cit., pp. 110 y ss.

⁵⁸ Esta determinación se baso en el criterio “PROCEDIMIENTOS DE REFORMA Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL CONSTITUCIONAL”, *Semanario Judicial de la federación*, 2002, que también fue sustentado para decretar la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad contra la reforma Constitucional en materia electoral.

⁵⁹ También pueden verse, *supra*, los puntos III y IV.

continúa el análisis judicial pendiente sobre un sistema de control de las reformas constitucionales y no deja de preocupar la posible procedencia de garantías constitucionales anticuadas con efectos ineficaces en asuntos tan importantes como es la impugnación de enmiendas constitucionales. No estamos a favor de actuar por instinto para cubrir un espacio vacío, socialmente en boga y bajo el análisis de la academia, sino en brindar soluciones acordes a nuestro sistema y que el valor del precedente judicial no sea un instrumento más de la política arbitraria.

7. BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN REYES, Manuel, "El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad", Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1997.

CANOSA USERA, Raúl, "Interpretación constitucional y voluntad democrática", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. I.

CARPIO, Edgar, "La interpretación de los derechos fundamentales", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. I.

CARPIZO, Enrique, *Derechos Fundamentales. Interpretación Constitucional. La corte y los derechos*, México, Porrúa, 2009.

_____, "Algunas reflexiones sobre los límites al intérprete judicial de la constitución" *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, 2009, t. LIX, No. 251.

CARPIZO, Jorge, "El presidencialismo en América Latina", conferencia, Universidad Nacional Autónoma de México, Aula Magna Jacinto Pallares, 14 de marzo de 2009.

_____, *El tribunal constitucional y sus límites*, Perú, Grijley, 2009.

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, "Algunos aspectos sobresalientes de la interpretación judicial constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. I.

CAPPELLETTI, Mauro, "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, No. 17.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "Reflexiones en torno a la interpretación constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional, Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, t. IV.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, t. I.

_____, *Estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa, 2005.

_____, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, Porrúa, 2003.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo, "Derecho procesal constitucional" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, t. I.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma*, 4a. ed., Navarra, Thomson-Civitas, 2006.

HÄBERLE, Peter, "Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas", trad. de Héctor Fix-Fierro, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. I.

MIJANGOS Y GONZALEZ, Javier, *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa, 2004

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*, Lima, Palestra, 2006.

PÉREZ TREMPES, Pablo, "La interpretación de los derechos fundamentales", en López Guerra, Luis (coord.), *Estudios de derecho constitucional. Homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, 2a. ed., México, Porrúa, 2004.

III

EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN URUGUAY

Por: Rubén Flores –Dapkevicius

*Doctor en derecho y ciencias sociales por la Universidad mayor de la República .
Profesor de Derecho Administrativo y de Derecho Constitucional de la Universidad
mayor de la República. Ex Asesor Letrado del Servicio Civil de la Presidencia de
la República Oriental del Uruguay. Correos del autor rflores@montevideo.com.uy
floresdapkevicius@hotmail.com*

SUMARIO :

1. El derecho a la información.
- 2 El derecho a la intimidad.
- 3 Regulación jurídica de la información pública.
4. Clasificación legal de la información pública.
5. Procedimiento administrativo para acceder a la información pública.
6. Órgano de control.
7. Acción jurisdiccional de acceso a la información
8. Conclusiones.
- 9 Bibliografía sumaria

RESUMEN:

el presente trabajo refiere al análisis de la reciente ley N° 18381, de la República Oriental del Uruguay, sobre derecho de acceso a la información pública. En el mismo se desarrolla un estudio sobre esta novedosa legislación que regula los institutos de referencia. Así, por ejemplo, qué se entiende por información pública, reservada, confidencial, secreta, etc.. Por último, se profundiza en las acciones, administrativas y jurisdiccionales, para acceder a la información de que trata la ley relacionándola con la ley 18331, que regula la protección de datos personales y acción de “habeas data”, garantía fundamental de los Derechos Humanos en un Estado de Derecho Democrático.

ABSTRACT:

This work it's about the analysis of the recent Law number 18381, from Uruguay, and it refers of the right of access to public information. It develops a study on this new legislation that regulates the institutes concerned. For example, what is meant by public, private, confidential, secret, etc. Finally, it goes deeply into the actions, administrative and judicial, to access to information, which is related with the law number 18331, that regulates the protection of personal data and the action of “habeas data” fundamental guarantee of Human Rights in a Democratic State.

PALABRAS CLAVES:

DERECHOS HUMANOS, ACCION HABEAS DATA, AMPARO, INFORMACION, INTIMIDAD, INTERNET, ESTADO DE DERECHO, DEMOCRACIA.

KEYWORDS:

HUMAN RIGHTS ACTION HABEAS DATA, AMPARO, INFORMATION PRIVACY, INTERNET, RULE OF LAW, DEMOCRACY.

1. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

El estudio que se realiza debe partir de algunos conceptos, esenciales por fundamentales, respecto a la información pública. Por el hecho de compartir espacio, en esta prestigiosa revista, con autores de extrema valía, resulta lógica la limitación en el desarrollo¹. Así, entonces, en este momento solamente corresponde presentar algunos temas de los que haremos mención en este artículo para, luego, ingresar de lleno al tema propuesto.

La información es un fundamental derecho humano en virtud de ser inherente al Estado de Derecho Material personalista y permitir la formación de la opinión pública en la democracia².

En la República Oriental del Uruguay existe la siguiente norma constitucional: **Artículo 29.** “Es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieren”³.

El derecho de informarse, como el de expresar determinados datos y pensamientos, encuentra su límite, en algunas ocasiones, cuando se enfrenta al derecho de intimidad.

En Argentina “El derecho a la intimidad supone una zona de reserva de la persona que involucra la vida familiar y profesional, la de los familiares; los afectos y los sentimientos religiosos, los recuerdos y el pasado personal.

La libertad de prensa que, como ‘libertad política de imprenta’, tiene tan temprana y concluyente protección constitucional y que constituye uno de los pilares sobre los que está construido el moderno constitucionalismo; debe ceder ante tal derecho, sobre todo cuando no se trata ya de la ‘prensa de ideas’ sino que prevalece un interés comercial, dominado por

1 Especialmente en carillas escritas. Por ello el trabajo realizado es una presentación profunda del objeto. Además, tratándose de un estudio de derecho extranjero, parece preferible no extendernos en algunas cuestiones de destalle que sólo podrían distraer al lector.

2 FLORES DAPKEVICIUS, Rubén: Tratado de Derecho Constitucional , Tomo II , La Ley , 2010, Buenos Aires , pag. 88

3 BARBAGELA, Aníbal : Derechos fundamentales, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria , 1973, pag. 85 y siguientes

los multimedia y puede encontrarse la persona acorralada y desprotegida en su intimidad ante la avalancha informativa”⁴.

La norma constitucional uruguaya establece la más absoluta libertad en el ejercicio de comunicación de pensamiento . Por ello resulta la posible difusión de imágenes o declaraciones de personas que pertenecen al dominio público, o son de conocimiento público, respetando el derecho de autor del libro, película u otro medio donde el material conste. Las imágenes y declaraciones íntimas (diferentes a las privadas como se verá) no pueden difundirse (sin incurrir en responsabilidad), sin consentimiento del involucrado⁵.

Adelantamos que para nosotros, íntimo, refiere al ámbito personal que no es o no debería ser conocido por los demás, por ejemplo, opciones sexuales, divulgación de fotografías, íntimas, sin autorización, interceptación o violación de la correspondencia epistolar, electrónica, telefónica, etc., art. 28 de la Constitución de la Nación

De existir una divulgación que viole los derechos reseñados se debe ir por la acción civil o penal correspondiente⁶.

Existen diversas sentencias publicadas que refieren a la libertad de informar. Así en La Justicia Uruguaya (LJU) los casos 12725, 14899 y 13944 establecen, con redacción relativamente similar según la casuística que :” La garantía de libertad de expresión no es absoluta, desde que in fine el art. 29 de la Constitución, preceptúa: quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley, por los abusos que cometieren, por lo demás la integridad moral y el honor de las personas, se encuentran tutelados por los arts. 7, 72 y 332 de nuestra Carta Magna”. “La exceptio veritatis” invocada por los codemandados, no supone, autorización alguna para realizar actos prohibidos a las demás personas”. “... El derecho a informar sin censura previa, reconoce limitaciones establecidas por razones de interés general (abuso del derecho de informar), de conformidad con lo prevenido por los arts. 29 in fine de la Constitución , 30 de la ley 16099 (ley de prensa) y 1321 y 1324 del Código Civil⁷”. Lo expuesto fue confirmado en casación por la Suprema

4 BIDEGAIN. Carlos: *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, Pág. 196.

5 FLORES DAPKEVICIUS, Rubén : *Constitución de la República Oriental del Uruguay anotada y concordada, 2da edición actualizada y ampliada*, Montevideo Amalio Fernández Editorial, 2010, nota al art. 29 .

6 *Por ejemplo es delito la interceptación de las comunicaciones y la violación del secreto en determinadas áreas.*

7 *Que refieren a la responsabilidad extracontractual patrimonial*

Corte en virtud de que “el dolo existió porque el Tribunal de Apelaciones entendió que la publicación era innecesaria, desproporcionada”, entre otras sentencias de la Suprema Corte N° 93/96”.

Por su parte no existe norma alguna, en la Constitución Nacional vigente, que establezca el derecho de réplica o respuesta. Sin embargo surge de una interpretación lógico sistemática teleológica de los arts. 7, 72 y 332 de la Constitución de la Nación Oriental⁸.

La ley que regula el tema es la N° 16.099, de 1989, que dictó normas referentes a expresión, opinión y difusión, en comunicaciones e informaciones⁹, teniendo presente que el derecho de respuesta se encuentra detalladamente regulado en la normativa referenciada dejando escaso margen a la discrecionalidad judicial.

“ Este derecho, divulgado en el lenguaje popular como de réplica, implica la posibilidad de que alguien que es mencionado por la prensa en forma tal que se sienta lesionado en su honor, sus sentimientos o su actuación, tenga la posibilidad de dar a conocer sus explicaciones o protestas en las mismas condiciones en que fue mencionado.

Como se advierte, es un modo elemental de reparación pública de un agravio, una falsedad o un error. Ello es así por cuanto la prensa está destinada al público, a la difusión. Si lo divulgado constituye una ofensa, la reparación individual se obtendrá mediante la acción penal o civil respectiva, pero para que exista una reparación pública se requiere otorgar al ofendido la posibilidad de ser escuchado en el mismo lugar y con la misma difusión que el presunto agravio”¹⁰.

2 EL DERECHO A LA INTIMIDAD

“El derecho a la intimidad supone una zona de reserva de la persona que involucra la vida familiar y profesional, la de los familiares; los afectos y los sentimientos religiosos, los recuerdos y el pasado personal”¹¹.

⁸ El artículo 72 establece: . “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”. El derecho de respuesta es inherente a la persona humana

⁹ Reglamentando, por tanto, el artículo 29 de la Constitución

¹⁰ BIDEGAIN. Carlos : *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, Pág. 196.

¹¹ BIDEGAIN. Carlos : *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, Pág. 196.

Para nosotros, intimidad es la zona espiritual e íntima, reservada, de una persona. Es un derecho del individuo frente a todos, imponible al Estado y a todos los demás actores sociales¹² .

Algunos autores distinguen intimidad de privacidad¹³. La privacidad refiere al ámbito de las acciones privadas que no afectan a terceros, aunque puedan ser conocidas por éstos. Lo privado no lo es, entonces, por el conocimiento que de esas acciones tengan los demás. Es privado porque pertenece a la esfera personal de las personas y, en tanto no afectan a terceros, se rigen por el principio de libertad, art. 10 de la Constitución Oriental: “Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados que ejercen función jurisdiccional, administrativa o legislativa”.

“Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Intimo refiere al ámbito personal que no es o no debería ser conocido por los demás, por ejemplo, opciones sexuales, divulgación de fotografías sin autorización, interceptación o violación de la correspondencia epistolar, electrónica, telefónica, etc.¹⁴.

Lo expuesto se relaciona con el concepto jurídico de domicilio. “ El concepto constitucional de domicilio excede al del derecho civil. Domicilio es no sólo el inmueble en que se vive, sino también una casa rodante, una oficina privada, y puede llegar a serlo (según las circunstancias) un camarote o una cochera. Es aquel lugar que el hombre toma o puede tomar como refugio para replegarse sobre sí mismo, sea en sus distracciones, sea en sus afectos, sea en su trabajo.

Este lugar para la privacidad puede ser susceptible de procurarse en soledad o con las personas de su intimidad o confianza. Por ello no es domicilio una oficina pública, o un templo, ya que si bien en este último caso la persona se repliega sobre si para orar con Dios, lo hace en público o, por lo menos, en un lugar destinado al uso público.”¹⁵

¹² FLORES DAPKEVICIUS, Rubén: *Tratado de Derecho Constitucional* , Tomo II , La Ley , 2010, Buenos Aires , pag. 433

¹³ NINO, Carlos : *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea , 1992, pag. 44

¹⁴ FLORES DAPKEVICIUS, Rubén: *Tratado de Derecho Constitucional* , Tomo II , La Ley , 2010, Buenos Aires , pag. 468

¹⁵ BIDEGAIN. Carlos : *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, Pág. 369.

Respecto a las imágenes la ley 11723, de la República Argentina dice: “ El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta , enumera una serie de parientes, extensos. Si faltan la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarcido daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público”.

Entonces privado es aquello que pertenece a la decisión del individuo aunque no necesariamente debe ser no conocido por los demás . Así presenciar una gala musical en el Teatro Solís es privado, pero no íntimo, ya que se desarrolla en público. Por su parte íntimo es aquellas conductas, y elecciones o preferencias, que su ejecutor desea que permanezcan discretas en su ámbito personal. Por ejemplo, de así deseárselo, opciones sexuales, padecer determinada enfermedad infamante, etc. .

3. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA INFORMACIÓN PÚBLICA.

La ley 18381 se relaciona, directamente, con la normativa sobre protección de datos personales y acción de “habeas data”¹⁶. Actualmente, y específicamente en Uruguay , la garantía respecto de los datos personales se encuentra reglada en la ley 18331, que en su art. 48 , derogó la Ley N° 17.838 de 24 de setiembre de 2004 .

Según la ley 18331 el derecho a la protección de los datos personales se aplica a las personas físicas¹⁷ y por extensión a las personas jurídicas, en cuanto corresponda. A estas últimas, por ejemplo, no se le aplica la caducidad o prescripción de los datos.

Las bases de datos no pueden tener finalidades violatorias de derechos humanos o contrarias a las leyes o a la moral pública, art. 8 de la ley¹⁸. En el derecho a informar e informarse, relacionado con el derecho de intimidad protegido por el habeas data, surge la amplia relación entre los institutos.

¹⁶ La relación es tal que, en algunos casos, las normas son coincidentes por regular temas similares.

¹⁷ Porque el derecho surge de lo dispuesto por el art. 72 de la Constitución de la República, en tanto es inherente al ser humano

¹⁸ FLORES DAPKEVICIUS, Rubén : *Amparo, Habeas Corpus y Habeas data*, 3ra edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Euros editores, 2010, pag. 140

El Objeto de la ley que se comenta, de acceso a la información pública, es promover la transparencia de la función administrativa¹⁹ de todo organismo público, sea o no estatal²⁰, y garantizar el derecho fundamental²¹ de las personas al acceso a la información pública²². Es decir que el cuerpo trata de la información que se produce en los organismos públicos. Por ello es pública. No podía ser de otra forma en el sentido de que la información producida por personas privadas son, informaciones privadas y, en algunos supuestos, inclusive, secretas o confidenciales y protegidas por el habeas datas en su calidad de datos sensibles²³.

Según la ley el acceso a la información pública es un derecho de todas las personas, sin discriminación por razón de nacionalidad o carácter del solicitante, y que se ejerce sin necesidad de justificar las razones por las que se solicita la información. Este es un error propio de un legislador poco técnico, ya que la norma, en su redacción, es confusa. Ello porque la situación puede llevar a sostener, a otros entusiastas, que no se necesita legitimación activa²⁴.

No creemos, que en nuestro orden jurídico, en sede administrativa y/o jurisdiccional, se haya querido establecer una especie de acción popular. La apertura de la información debe encaminarse en dirección a que todos tengan noticia de aquello que les concierne²⁵. De acuerdo a ello, como se verá, en sede jurisdiccional, se solicita claramente legitimación activa²⁶.

19 *La función administrativa sólo es ejercida por órganos y personas públicas estatales. Estas manifiestan el poder del Estado, soberano, al administrar y ejecutar el derecho del Estado en sentido estructural*

20 *La ley, cuando trata el contenido de la sentencia, refiere a "particulares". El tema es analizado Infra. Por otra parte las personas públicas no estatales, en Uruguay, no ejercen función administrativa por no manifestar el Poder del Estado*

21 *JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino: La Constitución Nacial, Montevideo, Edición de la Cámara de Senadores del Uruguay, 1988, comentarios al art. 7*

22 *Sin embargo las personas públicas alcanzadas por la ley disponen de un plazo de dos años para adecuar sus registros, durante el cual no serán pasibles de sanciones en caso de denegación de acceso fundada en la imposibilidad de ubicar la información.*

23 **FLORES DAPKEVICIUS, Rubén** : *Habeas data y acceso a la información pública*, Montevideo-Buenos Aires, La ley, 2009, pag. 85

24 *En beneficio del legislador debemos decir que el art. 5 de la ley ya comienza a referirse, correctamente, a interesados. Ello lo hace para determinadas informaciones a las que no se puede negar, por su naturaleza, el carácter público. Más prontamente observaremos qué interés se requiere*

25 *En ese sentido observaremos, Infra, que la ley obliga a las Administraciones a difundir determinadas informaciones mínimas que son esencialmente públicas por su naturaleza. Ello surge, inclusive, de normas de superior jerarquía. Por ejemplo el art. 191 de la Constitución dice: "Los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todas las administraciones autónomas con patrimonio propio, cualquiera sea su naturaleza jurídica, publicarán periódicamente estados que reflejen claramente su vida financiera. La ley fijará la norma y número anual de los mismos y todos deberán llevar la visación del Tribunal de Cuentas".*

26 *De otra forma los Juzgados competentes podrían no actuar diligentemente, seguramente, por exceso*

Su ámbito de aplicación refiere a todas las personas públicas, incluidas las no estatales. En ese sentido la legislación es amplia. Ello es bueno, aunque considerando la existencia de personas públicas no estatales clásicas y modernas, la situación se complica un tanto. En efecto, una cosa es desear saber , por legitimado activo, qué sucede en el manejo del dinero puramente estatal del IMPO (personas pública no estatal que publica el Diario Oficial), y otra, muy diferente, qué sucede con el dinero de la Caja de Jubilaciones Profesionales, persona pública no estatal clásica donde el capital, la dirección, etc., es privado. En este último supuesto la legitimación activa de un afiliado es innegable si de sus datos se trata y, por ejemplo también, de las inversiones realizadas por la entidad. Sin embargo podemos preguntarnos qué legitimación posee un bancario, una ama de casa, un funcionario docente, un extranjero sin vinculación con la República, etc..

Por otra parte la ley refiere únicamente a la función administrativa ²⁷. En ese sentido parece un tanto acotado su objeto. Lo expuesto no olvida que la función jurisdiccional y legislativa son públicas en lo pertinente pero, pueden existir casos, donde la ley podría aplicarse ²⁸. Un ejemplo manifiesto podría producirse si en la Comisión de Constitución y Códigos de la Cámara de Senadores, se niega, el acceso de sus discusiones respecto de un proyecto de ley que refiera a lechería, a un productor de leche y productos afines. Por tanto tal solución debe modificarse prontamente siempre exigiendo legitimación activa suficiente ²⁹ .

En otro orden fundamental la ley dice que se considera información pública toda la que emane o esté en posesión de cualquier organismo público, sea o no estatal, salvo las excepciones o secretos establecidos por ley, así como las informaciones reservadas o confidenciales. La norma es amplia aunque excepciona determinadas hipótesis. Aquí comienza la distinción entre informaciones secretas , reservadas y confidenciales.

de acciones, fundadas, y de las otras. También podrían presentarse extranjeros no residentes, sin vinculación alguna con nuestro país, solicitando información que sólo incumbe a los habitantes, por su naturaleza de datos públicos estrictamente nacionales.

27 Por función administrativa entendemos aquella emanada de órganos estatales ejerciendo los procedimientos administrativos de que se trate. También es función administrativa en nuestro derecho aquellos actos que tienen valor y fuerza de actos administrativos, arts. 133, 260, 329, etc. de la Constitución

28 FLORES DAPKEVICIUS, Rubén : *Manual de Derecho Público, tomo I constitucional, Buenos Aires , Euros Editores, 2007, pag. 95*

29 No puede ser de otra forma. Si la ley de habeas data la exige para información personal del solicitante en manos del Estado, cómo debe actuarse cuando la información se encuentra en manos del Estado pero puede involucrar a otro sujeto.

Tal diferenciación parece correcta, en principio, porque se le concede un régimen jurídico parcialmente diverso a cada categoría .

La norma establece el principio de que esas excepciones a la información pública son de interpretación estricta, comprendiendo, únicamente, las definidas como secretas por la ley y las que se definan seguidamente como de carácter reservado y confidencial. Por ejemplo Código Tributario, procedimiento de negociación y mejora de ofertas en el procedimiento de contratación pública, etc .

De acuerdo a la ley se presume pública toda información producida u obtenida, en poder o bajo control de los sujetos obligados por la ley, con independencia del soporte en el que estén contenidas ³⁰. La presunción es simple ya que admite prueba en contrario

Los organismos públicos comprendidos en la ley deben difundir, en forma continua y sin interrupciones , a través de sus sitios WEB, u otros medios que el órgano de control determine³¹, la siguiente información mínima³² : A) Su estructura orgánica. B) Las facultades de cada unidad administrativa. C) La estructura de remuneraciones por categoría escalafonaria, funciones de los cargos y sistema de compensación ³³. D) Información sobre presupuesto asignado, su ejecución, y los resultados de las auditorías que en cada caso corresponda. E) Concesiones, licitaciones, permisos o autorizaciones otorgadas, especificando los titulares o beneficiarios de éstos. F) Toda información estadística de interés general ³⁴, de acuerdo a los fines de cada organismo. G) Mecanismos de participación ciudadana, en especial domicilio y unidad a la que deben dirigirse las solicitudes para obtener información.

Los sitios web deben ser implementados por los sujetos obligados, en el plazo perentorio de un año, contado a partir de la publicación de la ley. Su reglamentación regulará los lineamientos técnicos que permitan la uniformidad, interacción, fácil ubicación y acceso de esta información.

30 *Esto es papel, informático, etc..*

31 *El órgano de control es analizado infra*

32 *En ese sentido deben prever la adecuada organización, sistematización y disponibilidad de la información en su poder, asegurando un amplio y fácil acceso a los interesados.*

33 **FLORES DAPKEVICIUS, Rubén** : *Manual de Derecho Público, tomo II administrativo, Buenos Aires , Euros Editores, 2007, pag. 104*

34 *Elementalmente previa disociación*

Según el art. 6 de la ley en comentario es responsabilidad de los jerarcas de los organismos a los que se aplica la ley, crear y mantener registros de manera profesional, para que el derecho de acceso a la información pública sea una realidad.

Por otra parte esa responsabilidad se extiende , solidariamente por sus acciones u omisiones, en la ocultación, alteración, pérdida o desmembración de la información pública, al personal que administre, manipule, archive o conserve información pública.

La solidaridad que se comenta parece excesiva en virtud de que el personal se encuentra sometido a jerarquía y no puede saber, necesariamente, toda la información que produzcan las Administraciones. En el supuesto de las personas jerarquizadas, siempre se aplica, el procedimiento disciplinario³⁵. Por tal motivo se aconseja la modificación de la presente norma que estremece , por sus consecuencias, a todo el personal jerarquizado que podría incurrir en responsabilidad, por sus acciones y omisiones, por mero desconocimiento de los hechos.

4. CLASIFICACION LEGAL DE LA INFORMACION

El art. 9 refiere a la denominada información reservada . Esta puede clasificarse por el jerarca si su difusión puede: A) Comprometer la seguridad pública o la defensa nacional. B) Menoscabar la conducción de las negociaciones o bien, de las relaciones internacionales, incluida aquella información que otros Estados u organismos internacionales entreguen con carácter de reservado al Estado uruguayo. C) Dañar la estabilidad financiera, económica o monetaria del país. D) Poner en riesgo la vida, la dignidad humana, la seguridad o la salud de cualquier persona. E) Suponer una pérdida de ventajas competitivas para el sujeto obligado o pueda dañar su proceso de producción. F) Desproteger descubrimientos científicos, tecnológicos o culturales desarrollados o en poder de los sujetos obligados.

En ese sentido el art. 33 de la ley establece que en un plazo no mayor a un año desde la vigencia de la ley, los sujetos obligados deben elaborar la lista de toda la información que a la fecha se encuentre clasificada como reservada, siempre y cuando esté comprendida en algunas de las excepciones contempladas en el **artículo 8º** de la ley 18381. La información que no se sujete a estas excepciones, deberá desclasificarse en el plazo perentorio de seis meses. A partir de la fecha de vigencia de la ley que se

35 SAYAGUES LASO, Enrique: *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria , 1991, pag. 44 y siguientes

comenta, toda información clasificada como reservada, que tenga más de quince años, deberá ser desclasificada y abierta libremente al público.

Del art. 33, que refiere al octavo, parece surgir que nos encontramos con causales taxativas de clasificación de reserva. Ello porque deben desclasificarse las que no estén comprendidas en las excepciones. La situación condice con el principio de que la información de los organismos públicos se entiende pública Sin embargo las excepciones, en algunos casos son muy amplias y refieren, directamente a datos de tipo esencialmente personal que son los tratados, de principio, como confidenciales en el art. 10. Por ejemplo el literal “D” de la norma cuando refiere al riesgo de vida etc..

La información clasificada previamente como reservada, permanecerá con tal carácter hasta un período de quince años desde su clasificación. La información debe ser desclasificada cuando se extingan las causas que dieron lugar a su clasificación. Se permite la ampliación, sólo, sobre cierta documentación cuando permanezcan y se justifiquen las causas que le dieron origen. Esa competencia no se sabe bien a quién pertenece, aunque debería ser el jerarca respectivo, y la expresión “cierta documentación” es digna de destaque por su impresión. Sin embargo los sujetos obligados por esta ley no podrán invocar ninguna de las reservas mencionadas cuando la información solicitada refiera a violaciones de derechos humanos o sea relevante para investigar, prevenir o evitar violaciones de los mismos.

La ley “considera” información confidencial ³⁶:

l) Aquella entregada en tal carácter a los sujetos obligados, siempre que:

A) Refiera al patrimonio de la persona. B) Comprenda hechos o actos de carácter económico, contable, jurídico o administrativo, relativos a una persona física o jurídica, que pudiera ser útil para un competidor. C) Esté amparada por una cláusula contractual de confidencialidad. Destacamos que el posible acuerdo de confidencialidad abre una importante brecha a favor de aquellos que tengan el poder de imponerlo. Ese hecho puede acontecer por causas económicas, políticas, etc.. En ese sentido se puede observar, como ejemplo, contratos de préstamos con organismos internacionales.

³⁶ En este caso la ley no define la materia confidencial. Simplemente enuncia una serie de temas. El régimen jurídico es diverso porque, en este caso, la información no puede entregarse por imperio de la ley que se comenta o, en su caso, por las propias de la materia de que se trate.

II) Los datos personales que requieran previo consentimiento informado, regulado ampliamente en la ley 18331 de habeas data .

Tienen el mismo carácter los documentos o secciones de documentos que contengan estos datos.

Los datos confidenciales se distinguen, entonces según la ley, de los reservados porque en estos el jerarca puede determinarlos. En el supuesto de datos confidenciales los mismos no pueden divulgarse porque la ley que los regula lo dispone (por ejemplo la ley 16616 sobre estadística), o las leyes 18331 y 18381, o por su propia naturaleza.

5. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA ACCEDER A LA INFORMACIÓN PÚBLICA ³⁷

Toda persona física o jurídica interesada en acceder a la información pública en poder de los sujetos obligados por la ley 18381 , deberá hacerlo mediante solicitud escrita ante el titular del organismo. En dicha solicitud deberá constar: A) La identificación del peticionario, su domicilio y forma de comunicación. Esto es teléfono, correo electrónico, etc.. B) La descripción precisa de la información requerida y cualquier dato o elemento que facilite su localización. Se destaca que los peticionarios no pueden exigir que se efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean las Administraciones. C) El solicitante puede, también, indicar el soporte de información preferido, sin constituir este último una obligación para el organismo. El mismo podrá actuar de conformidad con los elementos materiales que posea a los efectos y de acuerdo al principio de buena fe.

El pedido de información no significa que las Administraciones se encuentren obligados a crear o producir información que no dispongan o no tengan obligación de contar al momento de efectuarse el mismo ³⁸. En este caso, el organismo comunicará por escrito que la denegación de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder, respecto de la información solicitada.

³⁷ FLORES DAPKEVICIUS, Rubén : *Decreto 500/91, actualizado, anotado y concordado, Montevideo, Amalio Fernández editor , 2009, 4ta edición actualizada y ampliada . El decreto 500/91 regula el Procedimiento Administrativo Común y el Disciplinario. Siendo el procedimiento administrativo común el procedimiento de principio, éste regla los aspectos no previstos, expresamente, en los procedimientos especiales.*

³⁸ *La ley dice que : "No se entenderá producción de información, a la recopilación o compilación de información que estuviese dispersa en las diversas áreas del organismo, con el fin de proporcionar la información al peticionario", art. 14 .*

El art. 15 de la ley dice que “cualquier persona física o jurídica podrá formular la petición de acceso a la información en poder de los sujetos obligados”. Esa situación es diversa a la que sigue. Resulta evidente que todo individuo puede solicitar determinado elemento a las Administraciones sin embargo, como correctamente dice el numeral que sigue, sólo existe obligación de proporcionarla si existe legitimación activa entendida en sentido amplio. Evidentemente el que posee un derecho subjetivo o interés legítimo tiene legitimación activa. Asimismo la posee la prensa, un ciudadano común sobre datos públicos del gobierno, etc. Sin embargo qué legitimación tiene un gobierno extranjero sobre determinadas informaciones puramente nacionales. El derecho de información debe protegerse de la ingenuidad y las declaraciones grandilocuentes

La ley 18381 continua diciendo : “Ante la petición formulada por el interesado, el organismo requerido está obligado a permitir el acceso o, si es posible, contestar la consulta en el momento en que sea solicitado. En caso contrario tendrá un plazo máximo de veinte días hábiles para permitir o negar el acceso o contestar la consulta “. El plazo podrá prorrogarse, con razones fundadas y por escrito, por otros veinte días hábiles si median circunstancias excepcionales, art. 15 . En tema de plazos debe adecuarse a lo establecido en el art. 318 de la Constitución . En este inciso se establece la legitimación al referir a “ interesado”. El término debe entenderse, de acuerdo a nuestra opinión, como un interés legítimo, legal . En ese sentido podrán tener un interés legítimo, según la materia, diversos individuos, por ejemplo, la prensa ³⁹, las empresas competidoras en una licitación respecto de determinada información, un ciudadano sobre un gasto efectuado por el gobierno, etc..

Según el art. 18 de la ley, vencido el plazo de veinte días hábiles desde la presentación de la solicitud, si no ha mediado prórroga o vencida la misma sin que exista resolución expresa notificada al interesado, éste podrá acceder a la información respectiva, considerándose falta grave la negativa de cualquier funcionario a proveérsela, de conformidad con las previsiones de la **Ley N° 17.060**, de 23 de diciembre de 1998, y del **artículo 31** de la ley que se comenta. Se establece un efecto positivo del silencio, respecto de la petición, por ley ⁴⁰. El mismo debe entenderse

³⁹ *Por el legítimo ejercicio de su derecho de trabajo y de informar.*

⁴⁰ *La legitimación activa se requiere en el art. 318 de la Carta que dice: “ Toda autoridad administrativa está obligada a decidir sobre cualquier petición que le formule el titular de un interés legítimo en la ejecución de un determinado acto administrativo, y a resolver los recursos administrativos que se interpongan contra sus decisiones, previos los trámites que correspondan para la debida instrucción del asunto, dentro del término de ciento veinte días, a contar de la fecha de cumplimiento del último acto que ordene la ley o el reglamento aplicable”. El otro inciso de la misma disposición (art. 318 de la Constitución) establece un efecto negativo del silencio, en contra de la ley cuya adecuación, o*

aplicable y dependerá, en la práctica, de la existencia de la información, legitimación activa y otros elementos propios de la casuística que en este momento es imposible aventurar. Más aún si se considera el art. 318 de la Constitución Nacional y una eventual declaración de inconstitucionalidad.

Existen otros supuestos donde la legitimación activa que posea el sujeto sea el de derecho subjetivo. Por ejemplo, el que busca un ser querido desaparecido, etc..

En todo caso el acto que resuelve la petición debe provenir del jerarca máximo del organismo o quien ejerza facultades delegadas⁴¹ y deberá franquear o negar el acceso a la información que obrare en su poder relativa a la solicitud en forma fundada. Por ello la responsabilidad, siendo la delegación un instituto donde la misma tiene una clara regulación, continúa en el jerarca máximo que debe responder por el delegado, sin perjuicio de la responsabilidad de éste ya sea disciplinaria, civil, penal, política, etc..

En caso que se resuelvan favorablemente las peticiones formuladas, se autorizará la consulta de los documentos pertinentes en las oficinas que se determinen o, en su caso, se expedirá copia auténtica de los antecedentes que el peticionado posea relativos a la solicitud.

El acceso a la información será siempre gratuito, pero su reproducción en cualquier soporte será a costa del interesado, quien reintegrará al organismo únicamente el precio de costo del soporte, sin ningún tipo de ganancia o arancel adicional.

El organismo requerido sólo podrá negar la expedición de la información solicitada mediante resolución motivada del jerarca del organismo que señale su carácter reservado o confidencial⁴², indicando las disposiciones legales en que se funde. En este supuesto la ley no habla de delegación pero debe entenderse como posible de conformidad con el art. 16.

inadecuación constitucional, es obvia: "Se entenderá desechada la petición o rechazado el recurso administrativo, si la autoridad no resolviera dentro del término indicado". Destacamos que la norma refiere "sobre cualquier petición" regulada en su supuesto de hecho. La obligación de decidir surge expresa, y únicamente, de esta disposición.

41 Se destaca que la norma permite la delegación. Siendo una ley sólo lo puede realizar respecto de competencias atribuidas por una norma de igual valor y fuerza.

42 El art. 18 sólo refiere a los datos de carácter reservado o confidencial. No menciona los secretos. En ese sentido dos interpretaciones pueden efectuarse respecto a esta omisión. Una de ella es que el legislador equipara los datos secretos a una de las especies mencionadas expresamente. La otra interpretación es que simplemente olvidó mencionarlos. Destacamos que lo mismo sucede en el art. 31

La ley, en el art. 31, establece determinadas faltas administrativas que tipifica como graves, sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles: A) Denegar información no clasificada como reservada o confidencial. B) La omisión o suministro parcial de la información requerida, actuando con negligencia, dolo o mala fe ⁴³. C) Permitir el acceso injustificado a información clasificada como reservada o confidencial ⁴⁴. D) La utilización, sustracción, ocultamiento, divulgación o alteración total o parcial en forma indebida de la información que se encuentra bajo su custodia o a la que se tenga acceso por razones funcionales.

El negar el acceso a la información abre la acción judicial que a continuación se analiza. Tratándose de administraciones estatales, según la casuística, también puede resultar conveniente seguir la acción recursiva y la acción de nulidad ⁴⁵, sin perjuicio y concomitantemente. Ello puede tener diversas consecuencia que podrán ser queridas, o no, por el legitimado activo, según los casos.

6. ÓRGANO DE CONTROL

El art. 19 de la ley crea, como órgano desconcentrado ⁴⁶ de la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC), dotado de la más amplia autonomía técnica, la Unidad de Acceso a la Información Pública. La misma se integra por un Consejo Ejecutivo compuesto por tres miembros. Estos son el Director Ejecutivo de la AGESIC y dos miembros designados por el Poder Ejecutivo. Estas dos personas, que duran cuatro años en el cargo ⁴⁷, debieran ser designadas por sus antecedentes personales, profesionales y de conocimiento en la materia que aseguren independencia de criterio, eficiencia, objetividad e imparcialidad en el desempeño de sus cargos ⁴⁸.

La presidencia del Consejo Ejecutivo será rotativa anualmente entre los dos miembros designados por el Poder Ejecutivo para dicho órgano

⁴³ *Relacionese con la responsabilidad solidaria del inciso final del art. 6 comentada supra*

⁴⁴ *No menciona los datos secretos. Considérese el art. 163 y 296 a 299 del Código Penal*

⁴⁵ *FLORES DAPKEVICIUS, Rubén : La acción de nulidad y responsabilidad del Estado, Montevideo. Carlos Alvarez editor, 2008, pag. 155*

⁴⁶ *SAYAGUES LASO, Enrique : Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1991, pag. 106*

⁴⁷ *Pueden cesar por la expiración de su mandato y designación de sus sucesores, o por su remoción dispuesta por el Poder Ejecutivo en los casos de ineptitud, omisión o delito, conforme a las garantías del debido proceso.*

⁴⁸ *Se destaca que pueden ser designados nuevamente.*

y tendrá a su cargo la representación del mismo y la ejecución de las actividades necesarias para el cumplimiento de sus resoluciones.

Por su parte la ley crea un Consejo Consultivo que asiste al Consejo Ejecutivo de la Unidad de Acceso a la Información Pública. El referido Consejo es presidido por el Presidente de la Unidad de Acceso a la Información Pública.

El Consejo Consultivo se integra con cinco miembros: A) Una persona con reconocida trayectoria en la promoción y defensa de los derechos humanos, designada por el Poder Legislativo, la que no podrá ser un legislador en actividad. B) Un representante del Poder Judicial. C) Un representante del Ministerio Público. D) Un representante del área académica. E) Un representante del sector privado, que se elegirá en la forma establecida reglamentariamente. Los referidos miembros permanecen en sus cargos por cuatro años y sesionarán a convocatoria del Presidente de la Unidad de Acceso a la Información Pública o de la mayoría de sus miembros.

La competencia del Consejo Consultivo es, como lo determina su nombre, meramente de asesoría. Puede ser consultado por el Consejo Ejecutivo sobre cualquier aspecto de su competencia. Existe la obligación de consulta, no vinculante, cuando el Consejo Ejecutivo dicte reglamentos.

El órgano de control debe realizar todas las acciones necesarias para el cumplimiento de los objetivos y demás disposiciones de la ley de acceso a la información pública. A tales efectos tendrá las siguientes funciones y atribuciones: A) Asesorar al Poder Ejecutivo en el cumplimiento de la normativa constitucional, legal o reglamentaria vigente y de los instrumentos internacionales ratificados por la República referidos al acceso a la información pública. B) Controlar la implementación de la ley 18381 en los sujetos obligados. C) Coordinar con autoridades nacionales (es decir que no ejerce la competencia sobre los Gobiernos Departamentales), la implementación de políticas. D) Orientar y asesorar a los particulares respecto al derecho de acceso a la información pública. E) Capacitar a los funcionarios de los sujetos que están obligados a brindar el acceso a la información. F) Promover y coordinar con todos los sujetos obligados las políticas tendientes a facilitar el acceso informativo y la transparencia. G) Ser órgano de consulta para todo lo relativo a la puesta en práctica de la ley 18381 por parte de todos los sujetos obligados. H) Promover campañas educativas y publicitarias donde se reafirme el derecho al acceso a la información como un derecho fundamental. I) Realizar un informe de carácter

anual relativo al estado de situación de este derecho al Poder Ejecutivo. J) Denunciar ante las autoridades competentes cualquier conducta violatoria a la ley que se comenta y aportar las pruebas que consideren pertinentes.

La ley 18381 obliga a todos los sujetos comprendidos en la misma a presentar ante el órgano de control, hasta el último día hábil del mes de marzo de cada año, un informe anual sobre el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública. El mismo debe contener:

- A) Información del período anterior sobre el cumplimiento de las obligaciones que le asigna la ley en comentario.
- B) Detalle de las solicitudes de acceso a la información y el trámite dado a cada una de ellas ⁴⁹.

7. ACCIÓN JURISDICCIONAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

7.1. INTRODUCCION

La ley establece una instancia judicial posterior al trámite administrativo. La acción de acceso a la información procede contra todo sujeto obligado por la ley 18381, cuando éste se negare a expedir la información solicitada o no se expidiese en los plazos fijados en la ley que se comenta, esto es 40 días hábiles, si existe prórroga .

La legitimación activa corresponde , a toda persona que la acredite fehacientemente por poseer un interés legítimo en sentido amplio ⁵⁰ , y tiene por objeto garantizar el pleno acceso a las informaciones de su interés.

En el caso de personas jurídicas, la acción deberá ser interpuesta por sus representantes legales o por los apoderados designados a tales efectos.

Se destaca que en este tipo de procesos no pueden deducirse, con éxito, cuestiones previas, reconveniciones ni incidentes. El juez , a petición de parte o de oficio, subsanará los vicios de procedimiento, asegurando, dentro de la naturaleza sumaria del proceso, la vigencia del principio de contradictorio.

49 PRAT, Julio : *Derecho Administrativo*, Montevideo, Acali, 1978, pag. 44

50 El art. 24 de la ley dice que :*“La acción de acceso a la información podrá ser ejercida por el sujeto interesado o sus representantes, ya sean tutores o curadores y, en caso de personas fallecidas, por sus sucesores universales, en línea directa o colateral hasta el segundo grado, por sí o por medio de apoderado”. La representación de los fallecidos es clásica. Respecto a esta situación, en nuestro derecho, se solicita interés legítimo o derecho subjetivo y determinada posición respecto del difunto*

Si se planteara la inconstitucionalidad por vía de excepción o de oficio se procederá a la suspensión del procedimiento sólo después que el juez competente haya dispuesto la adopción de las medidas provisorias referidas en la ley 18381 o, en su caso, dejando constancia circunstanciada de las razones de considerarlas innecesarias.

Resultan competentes para la acción de que se trata:

- 1) En la capital, los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, cuando la acción se dirija contra una persona pública estatal, y los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Civil si refiere a personas públicas no estatales.
- 2) En el interior, los Juzgados Letrados de Primera Instancia a los que se haya asignado competencia en la materia.

B. EL PROCESO

Se regula en forma idéntica a la acción de amparo y de habeas data.

Aunque la ley no lo diga, expresamente, el acto de proposición e inicio del proceso es la demanda. Recibida la demanda puede existir la necesidad de tomar medidas cautelares.

Ello es así porque, si de la demanda o en cualquier otro momento del proceso resultare, a juicio del tribunal, la necesidad de su inmediata actuación, éste dispondrá, con carácter provisional, las medidas que correspondieren en amparo del derecho o libertad presuntamente violados.

Se destaca que las notificaciones pueden realizarse por intermedio de la autoridad policial.

Salvo que la acción fuera manifiestamente improcedente (por falta de legitimación activa, porque se solicita una información descabellada, por no tener ningún vínculo con el país, etc.), en cuyo caso el tribunal la rechazará sin sustanciarla y dispondrá el archivo de las actuaciones, se convocará a las partes a una audiencia pública dentro del plazo de tres días de la fecha de la presentación de la demanda.

En la audiencia de estilo se oirán las explicaciones del demandado, se recibirán las pruebas y se producirán los alegatos. El tribunal, que podrá rechazar las pruebas manifiestamente impertinentes o innecesarias, presidirá

la audiencia so pena de nulidad, e interrogará a los testigos y a las partes, sin perjuicio de que aquéllos sean, a su vez, repreguntados por los abogados. Gozará de los más amplios poderes de policía y de dirección de la audiencia.

En cualquier momento podrá ordenar diligencias para mejor proveer ⁵¹.

La sentencia se dictará en la audiencia o a más tardar, dentro de las veinticuatro horas de su celebración. Sólo en casos excepcionales podrá prorrogarse la audiencia por hasta tres días lo que determina que la sentencia pueda dictarse más allá de ese plazo .

A los efectos del cómputo de los plazos de cumplimiento de lo ordenado por la sentencia, se dejará constancia de la hora en que se efectuó la notificación⁵².

La sentencia que haga lugar a la acción de acceso debe contener: A) La identificación concreta de la autoridad o el particular ⁵³ a quien se dirija y contra cuya acción, hecho u omisión se garantice el acceso. B) La determinación precisa de lo que deba o no deba hacerse y el plazo por el cual dicha resolución regirá, si es que corresponde fijarlo. C) El plazo para el cumplimiento de lo dispuesto, que será fijado por el tribunal conforme las circunstancias de cada caso, y no será mayor de quince días corridos e ininterrumpidos, computados a partir de la notificación. D) La entrega lisa y llana de la información si se produjo el efecto positivo del silencio, art. 18 de la ley 18381. Lo expuesto debe entenderse, como se analizó supra, sin perjuicio del efecto negativo del silencio consagrado “sobre cualquier petición” según el art. 318 de la Constitución

En el proceso de acceso a la información pública, como en el amparo, sólo resultan apelables la sentencia definitiva y la que rechaza la acción por ser manifiestamente improcedente. La interposición del recurso de apelación no suspende las medidas de amparo decretadas, las cuales serán cumplidas inmediatamente después de notificada la sentencia, sin necesidad de tener que esperar el transcurso del plazo para su impugnación⁵⁴.

51 **VIERA, Luis** : *La acción de amparo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1993, pag. 55

52 *La ley determina la aplicabilidad, en lo pertinente, de los artículos 14 y 15 del Código General del Proceso.*

53 *El legislador olvido precisar porque , probablemente se dedicó en este momento, simplemente, a copiar de la ley de amparo, los conceptos consignados . La acción procede contra “particulares”, propiamente, si se entienden por tales a las personas públicas no estatales. De otra forma su mención es un error que puede tener diversas consecuencias jurídicas. La contradicción surge respecto con el declarado objeto de la ley. En ese sentido el legislador dice que el objeto de la ley 18381 es promover la transparencia de la función administrativa de todo organismo “público”, sea o no estatal, art. 1*

54 **FLORES DAPKEVICIUS, Rubén**: *Amparo, Habeas Corpus y Habeas data*, 3ra edición actualizada y

La segunda instancia se inicia con el recurso de apelación que debe interponerse en escrito fundado, dentro del plazo perentorio de tres días. El tribunal debe enviar, sin más trámite, los autos al órgano de segunda instancia, cuando hubiere desestimado la acción por improcedencia manifiesta. Si la apelada es la sentencia de primera instancia lo sustanciará con un traslado a la contraparte, por tres días perentorios.

El tribunal de alzada resolverá en acuerdo, dentro de los cuatro días siguientes a la recepción de los autos.

8 CONCLUSIONES

La interpretación de los derechos humanos debe partir de la naturaleza del hombre y de conformidad con la Constitución (art. 72) y con las leyes aprobatorias de los tratados de derechos humanos correspondientes.

Los derechos humanos son el conjunto de derechos que gozan las personas y que no pueden ser restringidos ni violados, esencialmente, por los gobernantes.

Los Límites en el ejercicio de los derechos humanos son el orden público; los derechos de terceros y los deberes constitucionales.

El único que puede limitar los derechos humanos es el legislador nacional ya que es éste el único que expide leyes dictadas en virtud del interés general, art. 7 de la Constitución .

En todo caso los derechos humanos deben interpretarse a favor del ser humano.

La privacidad refiere al ámbito de las acciones privadas que no afectan a terceros, aunque puedan ser conocidas por éstos.

La intimidad refiere al ámbito personal que no es o no debería ser conocido por los demás, por ejemplo, opciones sexuales, divulgación de fotografías sin autorización, etc..

Datos personales son la información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables

Datos sensibles refiere a los datos personales que pueden causar discriminación o persecuciones ideológicas.

Los bancos de datos pueden ser públicos o privados. Públicos son los que pertenecen al Estado lato sensu. El carácter de “público” no refiere, entonces, al libre acceso de la población en general. Bancos privados de datos son los que están en manos privadas.

Si bien la Constitución Uruguaya no establece, expresamente, la acción de acceso a la información pública, esta surge, claramente, de lo establecido en los arts. 7, 10 y 332 de la Constitución.

La información es un fundamental derecho humano en virtud de ser inherente al Estado de Derecho Material personalista y permitir la formación de la opinión pública en la democracia.

En Uruguay es enteramente libre, en toda materia, la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieren.

El Objeto de la ley de acceso a la información pública es promover la transparencia de la función administrativa de todo organismo público, sea o no estatal y garantizar el derecho fundamental de las personas al acceso a la información pública. Es decir que el cuerpo trata de la información que se produce en los organismos públicos. Por ello es pública.

La ley considera información pública toda la que emane o esté en posesión de cualquier organismo público, sea o no estatal, salvo las excepciones o secretos establecidos por ley, así como las informaciones reservadas o confidenciales.

La normativa distingue, concediéndole un régimen diverso a cada categoría, la información secreta, reservada y confidencial.

El procedimiento de acceso, administrativo, corresponde a toda persona física o jurídica interesada en acceder a la información pública en poder de los sujetos obligados por la ley 18381.

El proceso judicial de acceso a la información pública es posterior y procede luego de la negativa en sede administrativa. Su regulación es idéntica a la efectuada por la ley de habeas data⁵⁵.

⁵⁵ FLORES DAPKEVICIUS, Rubén: *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo II, La Ley, 2010,

9. BIBLIOGRAFÍA SUMARIA ⁵⁶

BARBAGELA, Aníbal : Derechos fundamentales, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1973

BENDA, Ernesto y otros : Manual de Derecho Constitucional, España, Macial Pons Ediciones, Traducción Antonio López Pina, 2001

BIDEGAIN. Carlos . Curso de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001

BISCARETTI DI RUFIA, Paolo: Derecho Constitucional, Madrid, Techos , 1973

DE ESTEBAN, Jorge : Tratado de Derecho Constitucional, España, Servicios publicaciones facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1998

DIEZ PICAZO Luis : Sistema de derechos fundamentales, España , Civitas, 2003

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.) : Derecho Procesal constitucional, México, Porrúa, 2003

FIX ZAMUDIO, Héctor : Juicio de amparo, México, Porrúa , 1964

FLORES - DAPKEVICIUS, Rubén : Tratado de Derecho Constitucional, La Ley, Buenos Aires, 2010

FLORES - DAPKEVICIUS, Rubén : Tratado de Derecho Administrativo, La Ley, Buenos Aires, 2010

FLORES - DAPKEVICIUS, Rubén : Amparo, Hábeas Corpus y Habeas Data, Buenos Aires, B de F editores, 3ra edición actualizada y ampliada , 2010

FLORES DAPKEVICIUS, Rubén : Constitución de la República Oriental del Uruguay anotada y concordada, 2da edición actualizada, concordada y ampliada, Montevideo Amalio Fernández Editorial, 2010.

Buenos Aires , pag. 468

⁵⁶ En la presente bibliografía hemos agregado la que obra en el texto de este estudio, citada a pie de página, y la que consultamos especialmente para el trabajo aunque no se haya citado expresamente. Esa es la norma en el derecho Uruguayo

FROSSINI, VITTORIO : La protección de la intimidad, Derecho y Tecnología informática, Bogotá , Temis, 1990

FROSINI, Vittorio, : "Informática y Derecho", Colombia, Temis, 1988

GIMENO SENDRA, Vicente y GARBERI LLOBREGAT, José : Los procesos de amparo, Madrid , Colex , 1994

HAURIUO, Maurice : Derecho Público Constitucional, España, Editorial Reus, 1927

HAURIUO, Maurice : Précis de Droit Administratif, et de Droit Public, Francia , Recueil Sirey, 1921

JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino: La Constitución Nacional, Montevideo, Edición de la Cámara de Senadores del Uruguay, 1988

NINO, Carlos : Fundamentos de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Astrea, 1992

PRAT, Julio : Derecho Administrativo, Montevideo, Acali, 1978

RODRÍGUEZ DE MIRANDA, Rosangelo : La Protección constitucional de la vida privada, San Pablo, Editora de Direito , 1996

ROPO, Enzo : Informática,tutela della privacy e diritti della libertà, Milán, Giuffré , 1985

SAYAGUES LASO, Enrique : Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria , 1991

VELÁSQUEZ, Rafael : Protección jurídica de los datos personales automatizados, Madrid , Colex , 1993

Punta del Este, octubre de 2010

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 MEJICANO)

Hugo Rubén Gonzalez Elias

CAPÍTULO ÚNICO

LA EXPANSIÓN DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES COMO
RESPUESTA JURISPRUDENCIAL AL RESPETO DE LOS DERECHOS
HUMANOS EN ARGENTINA

SUMARIO:

1. Introducción 2. Antecedentes Normativos y Evolución Histórica del Recurso Extraordinario Federal. 3. Evolución Histórica de la Acción de Amparo en Méjico, Brasil y Argentina. 4. Caracterización de los procesos “ordinarios” y “extraordinarios”. 5. El rol trascendente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la dimensión política de su accionar, 6. Conclusiones 7. Índice de materias y personas 8. Bibliografía general

1. INTRODUCCIÓN

El tema elegido constituye una afirmación o premisa que requiere ser probada y parte de una percepción de la realidad que nos ha tocado vivir recientemente a los argentinos, en la cual, ante el quiebre institucional, político, económico y social de principios del milenio, producto del cual se dictaron normas (generales: leyes y reglamentos; individuales: sentencias) que violaban los derechos (en general y en particular, los garantizados por los postulados de la Constitución argentina), al punto de constituirse en una práctica utilizada frecuentemente, a un verdadero sistema subversivo del orden jurídico, de tal manera que el axioma expresado por Maquiavelo “el fin justifica los medios”, resultaría ser el fundamento último de acciones del Estado.

Desde ya, se debe advertir que la premisa de esta ponencia pretende llegar a demostrar —si ello fuera posible y en el margen de estudio limitado de la misma- si es cierta o es falsa dicha percepción de la realidad transformada en hipótesis de investigación y, a la postre, reconocer como el sistema no por sí mismo como si fuera un organismo vivo sino por la valentía, audacia y fundamentalmente el sentido de justicia de sus operadores jurídicos (legisladores o, en su defecto, jueces, fundamentalmente de los máximos tribunales nacionales) generan los necesarios cambios en defensa de los derechos humanos de sus compatriotas.

Esta breve introducción nos conduce a la explicación del título elegido para esta ponencia, ya que, el incumplimiento permanente y cada vez más agravado de las normas jurídicas en general y por ello, también, de nuestra Carta Magna, habría generado la necesidad de ampliar al máximo los procesos constitucionales, ideados para casos excepcionales que, en Argentina, se habrían constituidos en habituales, reiterados e, incluso, generalizados (ej. violaciones al derecho de propiedad en las causa denominadas como “corralito financiero” de los años 2000/2001/2002).

Podrán buscarse explicaciones teóricas que pretendan justificar esta apertura en los conceptos relacionados a los procedimientos constitucionales en la Argentina, pero, en mi opinión, no podrán superar el razonamiento práctico que sigue a la breve descripción del estado de cosas en nuestro país.

Lo cierto, entonces, es que la violación sistemática y frecuente de la Constitución Nacional de Argentina habría aparejado una reacción –se podría denominar- un “contrapeso”, que habría desembocado en una apertura sin igual de los procesos constitucionales que pretende mitigar o controlar, ya minuciosamente, los excesos e incumplimientos a las normas básicas donde se asientan los cimientos de la organización jurídica del país.

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL

Sagüés, en sus disertaciones ha expresado que nuestra Constitución Nacional –en su redacción de 1.853- sigue a la Norteamericana y que ambas no prevén el control constitucional a cargo del Poder Judicial ni de las normas dictadas por el Poder Legislativo ni por aquellas dictadas por el Poder Ejecutivo. Sin embargo, a partir del precedente *Madbury vs. Madison* (1.803) de la Corte Norteamericana, dicho control –de todas formas- comenzó a realizarse, traspolándose luego a nuestro sistema jurídico argentino en cabeza de los tribunales nacionales.

Ha sido señalado por dicho catedrático, que el control constitucional de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación es –apartándose del resto de iberoamérica- el que más ortodoxamente ha seguido el criterio estadounidense.

Sin embargo, la Corte Norteamericana, reserva su actuación a un número de casos que no superan los doscientos por año (incluso, en los últimos, el número ha superado ligeramente el orden de los cien casos anuales), mientras que el máximo tribunal argentino, ha llegado a dictar sentencias -en igual período de tiempo- en un número que supera los docemil, lo que demuestra que algo sucede en Argentina distinto a su fuente normativa, al existir tanta diferencia de casos que tratan los máximos tribunales de justicia nacionales.

En primer lugar analicemos, de dónde proviene el Recurso Extraordinario Federal, cuál es su fuente normativa, para luego cotejar su estado actual con aquéllos fundamentos que justificaron su origen.

Siguiendo –nuevamente- a Sagüés ⁽¹⁾ digamos que la Judiciary Act de Estados Unidos es el antecedente más preciso del artículo 14 de la Ley 48 que instituye el recurso extraordinario federal en Argentina.

1 (1) SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional – Recurso Extraordinario*, t. I, 3ª ed. Actualizada y Ampliada, (Capital Federal, 1.992). Editorial Astrea, pág. 245.

Dicho antecedente –en su origen- posibilitaba ocurrir ante la Corte Suprema de los Estados Unidos en apelación de los fallos pronunciados por //

cualquiera de los tribunales superiores de los Estados de la Unión (tribunales superiores de provincia, en nuestro caso), “cuando se ha puesto en cuestión la validez de un tratado o ley de los Estados Unidos o una autoridad ejercida bajo tal tratado o ley, y la decisión sea contra su validez, o cuando se pone en cuestión la validez de una ley de un Estado o de una autoridad ejercida en nombre de algún Estado, bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución, tratados o leyes de los Estados Unidos; o cuando algún título, derecho, privilegio o exención es reclamado bajo la Constitución o algún tratado o ley de los Estados Unidos o de alguna comisión tenida o autoridad ejercida a nombre de los Estados Unidos, y la decisión sea contra el título, derecho, privilegio o exención especialmente invocado o pretendido por cualquiera de las partes bajo tal Constitución, tratado, ley, comisión o autoridad”.

De lo antes expuesto, podemos extraer fácilmente cuál es su finalidad: la de preservar el “derecho federal” en la necesidad de que el mismo dé cohesión al sistema confederativo, de lo contrario, las autonomías estatales podrían quitarle su primacía haciendo perder consistencia al derecho nacional que cohesiona las distintas “partes” (en el sentido de “Estados” o en Argentina “Provincias”) de un “todo” (Nación o país) y, tal como lo dijo Hart –citado por Sagüés- “el Congreso concibió a la Corte Suprema de los Estados Unidos tan sólo como agente *para vindicar la autoridad federal*, más bien que para coordinar en la ley federal”.

La ley 182 de la Confederación Argentina (sancionada el 28 de agosto de 1858 y promulgada el 6 de setiembre del mismo año), resulta ser el antecedente legislativo más inmediato del establecido por la ley 48. Uno de sus impulsores, en cita de Espil ⁽²⁾ al camarista Del Campillo cuando explicaba ante la Cámara “aunque la Constitución y las leyes obligan a toda autoridad de provincia a seguir el art.31 de la Constitución y debe suponerse que éstas cumplirán fielmente con su deber, debemos ponernos en el caso de que suceda lo contrario y entonces es muy preciso que la Nación tenga allí guardianes suyos, propios, centinelas alertas de la inviolabilidad de la Carta Constitucional, de las hermosas promesas que ella contiene y finalmente de las leyes que el Congreso nacional hubiera dictado secundando sus propósitos”. En este antecedente, podemos extraer la coincidencia del fin de tal norma en propender a proteger la supremacía del derecho federal, tal como lo encontramos en el precedente

2 (2) ESPIL, en “La Suprema Corte Federal” pág. 9, cit. por SAGÜÉS, N., op. cit., pág. 253.

normativo norteamericano antes citado.

Si se pretende enfocar el análisis en otros antecedentes previos a la ley 48 –a excepción del mencionado en el párrafo anterior-, se puede verificar que no existen otras normas que nos aporten algún elemento de importancia para este trabajo. Por ello, centrándonos en la Constitución de 1853-1860, si bien no mencionó al recurso extraordinario, en su artículo 100 dio intervención al Poder Judicial Federal para conocer y decidir “en todas las causas que versen

sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 11 del artículo 67; y por los tratados con las naciones extranjeras”, asuntos en los cuales “la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso” (art.101), normas que dieron base a la legislación dictada para regular el recurso extraordinario federal argentino.

El artículo 14 de la ley 48 expresa: Una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes: 1º) Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez; 2º) Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido a favor de la validez de la ley o autoridad de provincia; 3º) Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio”, la claridad de la norma resulta evidente y no merece mayores comentarios, en el sentido de que su finalidad es proteger la supremacía del derecho federal.

Tal como lo ha dicho Joaquín V. Gonzalez ⁽³⁾ sólo la Corte Suprema de Justicia de la Nación puede ejercer el poder para preservar la supremacía de la Constitución y el derecho federal, a los cuales las autoridades de provincia deben someterse, como así también que a dicha Corte, le corresponde el conocimiento en grado de apelación de todas las causas

3 GONZALEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*. 20º ed., (Buenos Aires, 1.951). Editorial Estrada, pág. 728.

que versen sobre puntos regidos por la Constitución, leyes nacionales y tratados con las potencias extranjeras (arts.100 y 101 C.N.), puesto que es indispensable la uniformidad de decisiones en toda la República, sobre puntos regidos o comprendidos por la Constitución para hacer posible su inteligencia y cumplimiento igual por todas las provincias.

Sintetizando, entonces, como lo ha dicho la Corte Suprema el recurso extraordinario tiende a asegurar la primacía de la Constitución Nacional y normas y disposiciones federales mediante el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, decretos, órdenes y demás actos de los gobernantes y de sus agentes, ratificando el papel de la Corte Suprema como custodio e intérprete final de aquel ordenamiento superior ⁽⁴⁾.

Por ley 4055 el recurso extraordinario federal se amplía grandemente en sus márgenes al preverse como medio impugnativo de fallos de tribunales nacionales de segunda instancia y de los tribunales superiores militares, ///

abandonándose así su estricta instrumentación para proteger la supremacía federal, convirtiéndose –en esta amplitud- en una herramienta de la supremacía constitucional, aun contra sentencias de órganos jurisdiccionales civiles o castrenses federales.

Otra causal que la Corte Suprema argentina ha aceptado y que se constituye en un porcentaje muy numeroso y cualitativamente sumamente complejo es la fundada en la presencia de la causal de “arbitrariedad” de la sentencia recurrida.

En el V Encuentro Argentino de Derecho Constitucional que sesionó en Corrientes en el mes de julio de 1981, se apuntó al exceso que –ya en aquél momento- tenía la Corte derivada en gran medida de la cantidad de recursos extraordinarios interpuestos por la causal de sentencia arbitraria.

Es cierto que la Corte declara que padecen de tal defecto numerosos fallos, surgiendo el interrogante si tan preocupante cuestión puede hallar solución satisfactoria por medio de este recurso (el extraordinario) o si, por el contrario, denota la urgencia con que deben ser subsanados los graves problemas de formación profesional, eticidad, que tras ellas subyacen, proponiéndose instrumentar una jurisdicción facultativa para la Corte Suprema, cuando se alegare arbitrariedad de sentencia, dejando en manos de la Corte el diligenciamiento o no del recurso, que se daría

4 FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, *in re* Manzoratte, (Buenos Aires, 1971), 280:228.

siempre que hubiere interés institucional suficiente.

Es éste uno de los puntos en donde puede considerarse como posible la afirmación que titula la ponencia, ya que, sin partir desde el análisis estrictamente jurídico de la apertura del recurso extraordinario por “arbitrariedad” del fallo respectivo, debemos concluir que su aparición obedece a las causales que agudamente se señalaron en la ponencia antes citada y que su gravedad elocuente radica en que la verdadera “explosión” numérica del recurso extraordinario es producida, por la inmensa cantidad de trámites que invocan tal causal. Es decir, que las causales de fondo que animan la tramitación de recursos basados en la doctrina de la arbitrariedad, nos conducen a señalar que la violación de la carta magna nacional no sólo proviene de la lectura exegética de la misma, sino de los principios y valores que en ella pueden avizorarse en toda su magnitud.

Hitters ⁽⁵⁾ califica a este medio de impugnación como un canal “excepcional” mediante el cual se provoca una revisión de la superlegalidad de las normas aplicadas, que se apoya en el viejo art. 100 del estatuto supremo (actual 116), que impone al más Alto Tribunal argentino y a los tribunales inferiores del Poder Judicial federal, la competencia para conocer en todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes del Congreso, y por los tratados internacionales, esto es lo que se ha dado en llamar la “cuestión federal” o “constitucional”.

El sendero de la sentencia arbitraria constituye el denominado inciso no escrito del art. 14 de la ley 48.

La Corte ha admitido la inconstitucionalidad de la sentencia misma, cuando “no resulta derivación razonada del derecho vigente”, elaborando toda una doctrina que terminó por esculpir el huidizo esquema de la arbitrariedad cuyo horizonte no es sencillo reducir a un solo concepto abarcador. Con la salvedad apuntada podemos señalar, que decisión arbitraria es aquella únicamente fundada en la decisión de los jueces, o que decide lo contrario de lo que inequívocamente surge de la causa, y sin apoyo en los hechos comprobados, o que implica un exceso de ritual, o que oculta la verdad objetiva, etcétera.

El dislate que permite la descalificación del fallo debe ser grave y manifiesto, no siendo suficientes las meras discrepancias subjetivas con el juzgador.

En suma digamos que sentencia arbitraria es aquella que no es derivación

5 HITTERS, Juan Carlos, *Jurisdicción constitucional (Panorama descriptivo)* en “La Ley” 1996-D, pág. 1663.

razonada del derecho vigente apoyada en los hechos de la causa.

De lo dicho surge con claridad que cuando la Corte conoce excepcionalmente de una decisión judicial, por arbitrariedad, está llevando a cabo un control de razonabilidad de los actos judiciales para garantizar su constitucionalidad. Por ello el más Alto Tribunal dice permanentemente que la sentencia arbitraria no debe ser considerada como acto jurisdiccional válido, esto es en definitiva sostener que el ejercicio de la administración de justicia no ha acatado la pauta constitucional de la razonabilidad.

En síntesis, es dable reiterar que la inspección de razonabilidad de los fallos judiciales, implica un capítulo del control de constitucionalidad de los actos estatales.

Abordando la cuestión desde un ángulo diferente, se sigue a Spota⁽⁶⁾, cuando expresa que los derechos y garantías constitucionales son, se dan y se producen, en los términos de la primera parte del art. 14 de la Constitución Nacional. Esto es, “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”. De manera tal, que el llamado concepto amplio de poder de policía, a la manera norteamericana, habilita la reglamentación del ejercicio de todos los derechos y garantías. Y en este orden de ideas, también es cierto, que ese poder de policía o poder político reglamentario, encuentra sus límites, a su vez, en el referido art. 28 de la Constitución, que establece que “los principios, garantías y derechos”, reconocidos en la Constitución “no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Esa normativa es aplicable también al poder judicial, dado que la sentencia es una norma jurídica individual, aplicable a las partes en el proceso, sin perjuicio de otros posibles efectos. Esto es, una norma jurídica que individualiza a sus principales destinatarios y como tal, sujeta al principio de supremacía constitucional.

Por su parte, el poder ejecutivo, se encuentra igualmente limitado en el texto del art. 86, inc. 2º de la Constitución Argentina. Allí se habilita al Presidente de la República a “expedir instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las Leyes de la Nación”. Pero limita esa capacidad reglamentaria, y al respecto dice, “cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”.

Esto es, se reconoce a los tres poderes constitucionales constituidos, una amplia capacidad reglamentaria, que va desde la primera parte del

6 SPOTA, Alberto Antonio, *El principio de supremacía de la Constitución y los medios establecidos para garantizarla en la Argentina, en el ámbito del Poder Judicial federal en “La Ley” 1993-C, pág. 766 y sigtes.*

art. 14 de la Constitución argentina, al art. 28 de la misma. El espacio jurídico que transcurre de una a otra de esas normas constitucionales, describe el ámbito legítimo de actuación y reglamentación, de los tres poderes federales constituidos.

3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ACCIÓN DE AMPARO EN MÉJICO, BRASIL Y ARGENTINA

Tengamos en cuenta que el análisis de la acción de amparo, deberá cursar otros carriles que la efectuada en el punto anterior, atento a que su incorporación como tal, operó –en Argentina- fruto de una trabajosa labor pretoriana, resulta importante conocer cuál ha sido la evolución del instituto en otros países del continente líderes en la región, con similar raíz cultural latinoamericana.

En tal sentido, Linares Quintana (7), afirma que el juicio de amparo mejicano es uno de los institutos mejor concebidos y que ha deparado resultados positivos en la protección efectiva de los derechos constitucionales de los habitantes de dicho país. Tiene una larga tradición y un hondo arraigo en las instituciones de Méjico, y si bien la Constitución de 1.824 no menciona el término “amparo”, no cabe duda que en ella se encuentran antecedentes de dicho remedio, sobre todo en el precepto que autoriza reclamar directamente a la Corte Suprema de Justicia por las infracciones a la ley suprema (art.137).

Sin embargo, el amparo recién nace en México con el Acta de Reformas de 1847; aun cuando debe destacarse que el proyecto de Constitución para el Estado de Yucatán, redactado en 1840 por Manuel Crescencio Rejón, usó por primera vez la denominación de amparo.

De acuerdo con el art.25 del Acta de Reformas, “los tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que les conceden esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, ya sea de la Federación ya del Estado, limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre el que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motivase”.

Mientras que, en Brasil, la evolución del instituto –en cierto sentido-

7 LINARES QUINTANA, Segundo V., *Acción de Amparo. Estudio Comparado con el Juicio de Amparo de Méjico y el Mandato de Seguridad de Brasil*, (Buenos Aires, 1960). Editorial Bibliográfica Argentina, pág. 39.

es similar (aunque con inicio anterior) a la de Argentina, en cuanto a su reconocimiento pretoriano del mismo y como un desagregado de la utilización forzada y excesivamente amplia del habeas corpus.

Siguiendo al mismo autor ⁽⁸⁾, cabe afirmar que los constitucionalistas brasileños señalan que la idea de instituir el mandato de seguridad nació de la aplicación del “habeas corpus”, como resultado de la extensión desmedida que debió darse a este último instituto impuesta por la necesidad de amparar derechos conculcados y para lo cual no existía otro remedio que esta efectiva garantía judicial. La creación del mandato de seguridad traducía, en cierta forma, no solamente el clamor de los que percibían la necesidad de una medida liberal para la protección de los derechos primarios del individuo, insuficientemente protegidos por el “hábeas corpus” como protector de la libertad corporal. Para unos, el habeas corpus no bastaba en su aplicación amplia, para otros, la profanación de su concepto clásico exigía la creación de otros remedios ⁽⁹⁾.

El movimiento en tal sentido inició con ocasión del Congreso Jurídico reunido en Río de Janeiro en 1.922, a través de un despacho que fue informado por el ministro del Supremo Tribunal Federal, Edmundo Muñiz Barreto. Sostuvo este magistrado que lo que se necesitaba era un instrumento semejante al juicio de amparo creado en Méjico, con procedimiento sumario y admisible en su trámite tanto cuando la agresión al derecho proviniera de la autoridad pública como de acto privado.

La Constitución de 1.934, en su art.113, apartado 33, establecía: “Darase mandato de seguridad para la defensa de derecho cierto e incontestable, amenazado o violado por acto manifiestamente inconstitucional o ilegal de / cualquier autoridad. El procedimiento será el mismo del “hábeas corpus”, debiendo ser siempre oída la persona de derecho público interesada. El mandato no perjudica las acciones petitorias competentes”.

Por su parte, la evolución de la acción de amparo en Argentina no coincide con los rasgos antes advertidos para el recurso extraordinario federal. Así, siguiendo a Sagüés ⁽¹⁰⁾, es posible delimitar los siguientes tramos de la historia jurisprudencial del país al respecto, dado que –a diferencia del recurso antes analizado- el amparo tuvo su reconocimiento pretoriano por la Corte, luego de una esforzada evolución, así tenemos: a) anticipo y denegación del

8 LINARES QUINTANA, S. V., *op. cit.*, pág. 57.

9 *ibidem*, pág. 58.

10 SAGÜÉS, N., *Derecho...Acción de Amparo*, t. III, 4º ed. Ampliada, (Capital Federal, 1995), pág.2.

amparo; b) admisión condicionada; c) retorno a la tesis negativa; d) aceptación definitiva del amparo; e) el encuadre jurisprudencial hasta la ley 16.986, a lo que me permito agregar como tramos regulados –ya- por normas jurídicas: f) la ley 16.986 y las normas provinciales y g) la inclusión del instituto en la Constitución Nacional en la reforma de 1.994, en el artículo 43.

Ahora bien, se cree encontrar -en la fluctuante evolución del instituto-, ni más ni menos que cierto paralelismo con la propia historia del país, en un ir y venir de posturas que, sistemáticamente, según los actores y sus propias visiones, van de un extremo a otro, de una utilización demasiado restringida de un determinado instituto a una sumamente amplia, en fin, Sagüés expresó en tal sentido que “La acción (refiriéndose al amparo) ha tenido períodos de efervescencia y de hibernación; momentos de apogeo y de decadencia. Dio lugar a aventuras forenses, pero también a magníficos pronunciamientos tribunales, que marcaron hitos en la lucha del derecho. Fue, en varias circunstancias, un remedio heroico, una pieza vital para asegurar el principio de supremacía constitucional; y en otras, una disfrazada medida cautelar común. Pocos procesos, en verdad, pueden mostrar pautas y tramos tan disímiles y heterogéneos”.

Ahora bien, Bidart Campos ⁽¹¹⁾, al tratar la situación de la acción de amparo a partir de la reforma constitucional de 1.994, sostuvo que la norma de la Constitución Nacional, artículo 43, no contiene una derogación en bloque de las disposiciones de la ley 16.986, razón por la que sólo deben entenderse derogadas aquellas condiciones de admisibilidad de la acción que lo hayan sido de modo expreso (CN Civ, F, 26-12-97, JA 1998-IV-524). No obstante, el texto vigente de la ley 16.986 se ha visto sensiblemente modificado por la reciente reforma constitucional, tanto en función de lo normado por su artículo 43 cuanto por las respectivas cláusulas insertas en los tratados internacionales que, en razón del principio consagrado por el artículo 75, inciso 22 de la Carta Magna, revisten jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidos. Esta nueva interpretación ha llevado a ampliar los supuestos de admisibilidad del amparo con los alcances de la citada normativa, razón por la cual la cuestión a dilucidar en el actual estado se circunscribe a la procedencia sustancial del amparo más allá de la inadmisibilidad del requisito de agotamiento de la vía administrativa previa, que no es exigible (CNCiv., A, 29-2-96; E.D. 169-81). Para culminar con el derrotero de la acción de amparo, debemos considerar que, desde su propio inicio, se considero inadmisibles que –de la misma- pudiera surgir la declaración de

11 BIDART CAMPOS, Germán, *Derecho de Amparo*, (Buenos Aires 1961). Editorial Ediar, pág. 385.

inconstitucionalidad de determinada norma que se impugnara por medio de la misma, sin embargo, en el año 1966 en el caso "Outon" ⁽¹²⁾, como inicio de una segunda etapa, sostuvo que el principio que torna improcedente la declaración de inconstitucionalidad de una regla, generada en el amparo no es rígido ni absoluto.

Ello así "porque cualquiera sea el procedimiento mediante el cual se proponga a decisión de los jueces una cuestión judicial, nadie puede sustraer a la esfera de acción del poder judicial la atribución inalienable y la obligación que tiene -directamente emanadas del art. 31 de la Constitución Nacional- de hacer respetar el estatuto fundamental y, en particular, las garantías personales reconocidas en su primera parte".

Dicha evolución (que tuvo sus retrocesos), vino a concluir definitivamente con el art. 43 apart. 1° de la Constitución Nacional incorporado por la reforma del año 1994, dispuso cualquier duda al preceptuar "el juez podrá (se refiere al amparo) declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva", solución (o criterio) coincidente con lo dispuesto con el art. 20.2 de la Carta Magna de la provincia de Buenos Aires, también reformada en el mismo año.

4. CARACTERIZACIÓN DE LOS PROCESOS EN "ORDINARIOS" Y "EXTRAORDINARIOS"

En primer lugar y siguiendo a Sagüés ⁽¹³⁾, debemos detenernos en la conceptualización del carácter ordinario o extraordinario de un recurso, ya que el estudio exige investigar si la utilización –por demás- generalizada de los procedimientos constitucionales en Argentina se desprende de la propia mecánica interna del instituto o emerge de otra causa exógena al mismo.

Así, la distinción entre recursos ordinarios y extraordinarios cuenta con adherentes, pero también con escépticos. Pero dado que tal discusión no aporta elementos útiles a este trabajo, sólo mencionaremos los elementos que se tienen en cuenta para distinguirlos, con arraigo en la más autorizada doctrina procesalista.

La diferenciación entre recursos ordinarios y extraordinarios es siempre relativa: sólo por comparación entre una vía impugnativa y otra

¹² FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, in re Outon, (Buenos Aires, 1967), 267:215.

¹³SAGÜÉS, N., *Derecho... Recurso Extraordinario*, t.II, pág.306 y sigtes.

(atendiendo dos parámetros claves: los márgenes de concesión y la esfera de conocimiento del tribunal de alzada), podrá rotularse a un recurso como perteneciente a una categoría o a la restante.

Primero se analizará al recurso extraordinario para luego pasar al amparo y, en ese orden de ideas, puede decirse que el recurso extraordinario argentino, comparado con un recurso común de apelación, es verdaderamente “extraordinario”. No obstante, corresponde prevenir que una tendencia jurisprudencial aperturista puede transformar una vía extraordinaria en una común, mientras que un derecho judicial restrictivo puede provocar un fenómeno a la inversa. Ello presenta especial interés para el caso argentino, donde el recurso extraordinario registró una disminución en las exigencias formales de admisión y un sensible aumento en el radio de operatividad del instituto (sobre todo, con la continua prolongación de las hipótesis de sentencias arbitrarias, más el uso extensivo del concepto de “interés institucional”), que lo hacen, en alguna medida no tan “extraordinario”.

Ahora bien, otra cuestión directamente vinculada a este asunto radica en dilucidar si la excepcionalidad del recurso implica en forma directa e inmediata su carácter “restrictivo” de su consideración, para lo cual -siguiendo al autor antes citado- aclaremos que el carácter excepcional del recurso no significa que sea algo insólito, inusual, raro, o que deba aplicarse a regañadientes.

La Corte Suprema precisó el carácter excepcional del recurso extraordinario, en función de que cualquier causal de competencia federal debe, en principio, ser interpretada restrictivamente. Sobre este punto, corresponde asimismo tener presente que las voces “restricción”, “restringir” y “restrictivo” son multívocas, ya que van de una simple “limitación” a “ceñir”, “circunscribir”, o “reducir a menores límites”, hasta “apretar” y “constreñir”, según la Real Academia Española.

Entonces, no partiremos de considerar que la concesión del recurso extraordinario federal debiera ser “restrictiva”, dado que las doctrinas de la “arbitrariedad”, del “exceso ritual manifiesto” y de la “gravedad institucional”, son buenos ejemplos de la interpretación no restrictiva del recurso extraordinario.

Por otra parte, es de público conocimiento y ha sido tema de tratamiento en Congresos, Seminarios y artículos doctrinarios, el excesivo número de causas que pretenden ser tratadas por la Corte Suprema Nacional a través del recurso analizado, lo que implicó la modificación legislativa de la

ley 23.774 incorporando el denominado writ of certiorari, posibilitando a la Corte “según su sana discreción” y con la sola invocación del precepto legal, rechazar el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia, lo cierto es que aún sigue siendo un gravísimo y “paralizante” problema sin solución. Tan actual es que en el Congreso de Derecho Procesal celebrado en Paraná (prov. de Entre Ríos) en Junio del año 2003, se debatieron distintas ponencias que abordaban dicha problemática, con variadas alternativas o soluciones, algunas formales, otras más de fondo ⁽¹⁴⁾.

Concluyendo, entonces, con esta necesaria aclaración previa al asunto, digamos que en el aspecto jurídico no existen ni se vislumbran impedimentos u obstáculos que hayan sido vulnerados por la propia Corte Nacional para llegar al estado actual de verdadero “colapso” por la gran cantidad de recursos

por tratar y los pendientes. Situación que no ha sido superada por la aplicación del “certiorari” de que dispone, ya que el número de causas ronda las 12.000 anuales, lo que nos conduce a suponer que debiera haber otra causa fuente del problema, bien podría coincidirse con aquella opinión citada centrada en la “eticidad” y “mala formación profesional” de los jueces o en constituirse en un instrumento ideal para la protección de los derechos humanos de los ciudadanos, como lo propone este trabajo.

En segundo lugar, abordemos la historia de la acción de amparo en nuestro sistema, que ha dejado de ser el “remedio excepcional y heroico” de antaño para constituirse en el procedimiento más utilizado en tiempos de profunda crisis institucional, más precisamente con la amplitud y eficiencia demostrada por dicho procedimiento en las denominadas causas del “corralito” (año 2002), alentado ello por el texto del art.43 de la Constitución Nacional, el cual le atribuye un carácter “subsidiario” de todos los procesos jurisdiccionales, sólo ponderado por la pauta referida a la “idoneidad” de la vía.

Siguiendo el trabajo de Beherán ⁽¹⁵⁾, en la República Argentina, el Amparo, creció y desarrolló sus presupuestos esenciales, en la Provincia de Entre Ríos, adquiriendo base constitucional al sancionarse la Constitución Provincial de 1933, que lo incluyó en su articulado. Si bien fue la Provincia de Santa Fe la primera que lo incorporó en un texto constitucional (art.17^o Constitución de

14 *XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Entre Ríos 12/13 y 14 de junio de 2003. t. II. Procesal Constitucional, págs.9 a 167, Paraná (E.R.).*

15 *BEHERAN, Roberto, El Amparo y Las Acciones de Ejecución y Prohibición, (Paraná, Entre Ríos, 1995). Ed. Delta Editora, pág.11 y sigtes*

1921) la misma fue enervada por el veto anómalo del Poder Ejecutivo.

Entre los antecedentes más remotos que podemos encontrar como precedentes del amparo, citamos el caso “Blanco, Julio c./Laureano Nazar” (1.861) por el cual el accionante demandó al ex-Gobernador de Mendoza por cuanto una tropa armada en forma violenta le había sustraído bienes y con ello interpretaba que le habían lesionado sus derechos de inviolabilidad del domicilio y de propiedad. Promovió acción por este hecho ante el fuero federal –que al momento de ocurrir el hecho no estaba instalado- y en 1864, el Juez Federal, rechazó la acción sosteniendo que el actor debía acudir a la justicia ordinaria ya que la jurisdicción de su Juzgado no se extendía a hechos ocurridos antes de su instalación.

Por su parte la Corte Nacional, confirmó ese fallo afirmando que salvo los casos previstos en la Constitución, era competente la justicia provincial para entender en el juicio y castigo de sus magistrados, por los abusos de autoridad o delitos que cometieran perjudicando a individuos o intereses solamente locales y agregó además que los principios expuestos “No importan reconocer que la Justicia Nacional sea impotente en algún caso para proteger los derechos garantidos por la Constitución; pues si las autoridades provinciales que los violan no pueden ser demandadas ante los Tribunales de la Nación, pueden serlo sus agentes o los ejecutores de los mandatos inconstitucionales, y por este medio obtener los agraviados la conveniente protección y las reparaciones que les sean debidas” (16), constituyéndose en una incipiente demostración del rol institucional político, a lo que luego se aludirá en particular.

Con acierto se ha afirmado, que esa sentencia de la Corte Nacional, sienta como principio que “Los derechos garantizados por la Constitución deben, dadas ciertas condiciones, obtener una “conveniente protección”, por parte de la justicia”. Es decir, que el fallo alude a todos los derechos constitucionales, y anticipa para ellos la necesidad de contar con un mecanismo procesal que les brinde una protección conveniente.

Otro caso para destacar es el caratulado “Bochar, Antonio y otros – Habeas Corpus” (1889) en el que, en primera instancia, el juez federal fundamentó la procedencia del mismo, en el derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita, permanecer y salir del territorio nacional en mérito al art. 14 de la Constitución Nacional. Dicho decisorio fue revocado por la Corte Suprema puesto que el “amparo de libertad” “no se ha establecido para investigar y apreciar los derechos emergentes de contrato, que pueden o no corresponder a personas cuya libertad no está restringida”. En definitiva, se entendió que el hábeas corpus no era extensivo a la protección de derechos

16 FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, in re Blanco, t. I, pág. 170 y sgtes.

contractuales, diferentes del derecho a la libertad corporal.

El caso del periódico “Democracia” de la ciudad de Rosario en 1930, que –por orden del Jefe de Policía- se lo había clausurado, de parte del director del mismo el Sr. José Guillermo Bertotto, se interpuso hábeas corpus ante el Juez Dr. José A. Ghildi, quien dictó sentencia ordenando el inmediato levantamiento de la clausura.

Estos casos judiciales son importantes, puesto que podemos ver el esfuerzo intelectual de los jueces para fallar con “justicia” ampliando márgenes de otros institutos análogos o haciendo verdaderas interpretaciones audaces (si se me permite tan grandilocuente expresión) ante la clara y grosera vulneración de derechos constitucionales, en prueba de ello cito textualmente párrafos de tal sentencia que demuestran tal realidad: “Este recurso deducido por don José Guillermo Bertotto a propósito de la clausura del diario de su propiedad “Democracia” y considerando: 1º El recurso de hábeas corpus, no obstante estar especialmente legislado en el Código de Procedimientos en Materia Penal, tiene, como garantía constitucional, el alcance de una verdadera acción de derecho público dada en amparo de los derechos individuales que, en su conjunto, constituye la libertad personal (civil política). Carlos Sanchez Viamonte, “Hábeas Corpus”, “La Libertad y su Garantía”; 2º Si el derecho de comerciar, forma específica del derecho genérico de trabajar, que le comprende, como también comprende el derecho de ejercer industrias lícitas, profesiones u oficios, está incluido entre los verdaderos derechos individuales –aquellos que aseguran el desenvolvimiento de la personalidad humana, en todas las zonas de su actividad propia; indispensable y urgente- y permite clasificarlo como uno de los derechos que actualmente integran la libertad personal –autor y obra citada- es indudable que quien se sienta afectado de la manera que lo expresa el recurrente don José Guillermo Bertotto pueda reclamar y obtener protección por medio del “Hábeas Corpus”.

Posteriormente la Cámara Federal de Rosario revocó dicho fallo pero en virtud del estado de sitio; no obstante ello, es importante destacar el amplio alcance que este tribunal de la ciudad de Rosario dio al hábeas corpus, al entender que “bajo nuestro sistema político, toda lesión ilegítima a los derechos y libertades individuales debe encontrar su amparo en el poder judicial” y agregó que “ese amparo puede gestionarse por los procedimientos del juicio ordinario, o de querellas criminales, o de recursos sumarísimos según la materia de que se trate, y déseles o no el nombre de Hábeas Corpus”.

Evidentemente, se puede comprobar, que el criterio “aperturista”

proviene de antecedentes remotos no constituye una tendencia de los últimos tiempos, sino más bien una característica arraigada en la tradición jurisprudencial argentina y latinoamericana, motivada fundamentalmente por la fuerza de los casos que deben tratar y resolver con justicia, so peligro de permitir la violación de garantías y derechos constitucionales.

Por último interpretó que el hábeas corpus no era exclusivamente aplicable a la detención ilegal de personas sino que sus disposiciones se refieren a “cualquier restricción de la libertad y además, es de práctica tramitar por procedimientos sumarios los reclamos sobre amparo de derecho de reunión (“meetings políticos”), de emisión del voto (hábeas corpus de inmigrantes) y otros similares”. Este caso llegó a la Corte Suprema Nacional, quien confirmó el rechazo del hábeas corpus pero nada dijo sobre la interpretación que dicha Cámara realizó ampliando el concepto clásico del hábeas corpus.

Segundo V. Linares Quintana ⁽¹⁷⁾, cita –entre otros antecedentes jurisprudenciales valiosos- el caso “José Guillermo Bertotto c./Jefe de Correos y Telégrafos de la ciudad de Rosario”, en el cual la Corte Suprema Nacional dijo el 5 de abril de 1.933 que “de acuerdo con el art.20 de la ley nacional número 48 y el título IV de la sección II del libro IV del código de procedimientos civiles de la capital, el recurso de amparo de la libertad o de hábeas corpus se otorga a favor de toda persona detenida o arrestada sin orden escrita de autoridad competente o restringida en su libertad personal, en las mismas condiciones y aun con la amplitud que esta Corte ha reconocido a tal procedimiento tutelar, consideradas las garantías constitucionales que lo informan, nunca entendió que él alcanzara a la protección de todos los derechos y garantías allí preceptuados o implícitamente consagrados según el principio general del artículo 33. Ni en la letra, ni en el espíritu, ni en la tradición constitucional de la institución del hábeas corpus se encuentran fundamentos para aplicarlos a la libertad de la propiedad, del comercio, de la industria, de la enseñanza, del transporte, de la correspondencia; etc.; contra los abusos e infracciones de particulares y funcionarios respecto de esos derechos, las leyes consagran remedios administrativos y judiciales que contemplan las respectivas situaciones sin confundirlas con el arrestado, impedido de locomoción o de reunirse con fines útiles, etc., que encuadra en los arts. 14, 15, 18 y 33 de la Carta Fundamental” ⁽¹⁸⁾.

17 LINARES QUINTANA, *Segundo V.*, op. cit., pág. 14.

18 FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, in re Bertotto, (Buenos Aires, 1933), 168:15.

El mismo autor, cita otros fallos en los que la Corte Suprema reproducía el criterio de no extender el hábeas corpus para garantizar otro derecho que no sea el de la libertad, con los alcances propios de dicho proceso constitucional:

“Alfredo Malvar c./Interventor de la Aduana de la Capital”⁽¹⁹⁾, “Compañía Sudamericana de Servicios Públicos S.A. c./Comisión de Fomento de Galvez”⁽²⁰⁾.

Linares Quintana⁽²¹⁾ expresaba su disenso con el criterio anterior de la Corte, entendiendo que comporta negar la existencia de un recurso de amparo, rápido y expeditivo a semejanza del hábeas corpus, para obtener la protección efectiva de todos los aspectos de la libertad. Diciendo que, si la Constitución ha reconocido y garantizado la libertad en todos sus aspectos, no es posible que por el hecho de que la misma no mencione expresamente los remedios jurídicos para hacer efectiva esa protección quede la libertad huérfana del amparo judicial. Precisamente, el art.33 de la Ley Suprema consagra las garantías no enumeradas, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, entre las que debe incluirse el amparo.

Hasta que la Corte Suprema argentina se pronunció en 1.957, en el resto de las provincias argentinas, el recurso de amparo no se encontraba legislado, ni salvo las escasas excepciones antes citadas, tanto en el orden nacional como en el provincial era denegado cuando se intentaba la vía judicial, así –expresa el autor que antes mencionamos- comenta que durante un largo período, que vino a concluir a fines de 1957, la Corte rehusó admitir la posibilidad del amparo jurisprudencial directo de las libertades constitucionales, hasta el 27 de diciembre de dicho año en el caso “Siri”⁽²²⁾.

Éste último, debe ser analizado en su contenido y en los votos de los miembros que son muy interesantes a la hora de verificar o no, la

19 FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, in re Malvar, (Buenos Aires, 1933), 169:103.

20 FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, in re Compañía Sudamericana, (Buenos Aires, 1935), 174:178.

21 LINARES QUINTANA, S. V., op. cit., pág. 19.

22 FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Siri, Angel (Buenos Aires, 1957), 239:459.

afirmación que se investiga en este trabajo monográfico.

Brevemente se recuerda los hechos del caso: el actor era un director propietario del diario “Mercedes”, que desde Enero de 1956 se encontraba clausurado.

La Corte aclaró que se apartaba de la doctrina tradicional del tribunal, que relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios la protección de las garantías no incluidas en el hábeas corpus. Incluso la defensa de las garantías constitucionales, de manera eficaz, aparecía ahora no como algo optativo, sino como un *deber* del poder judicial: “los preceptos constitucionales, tanto como la experiencia institucional del país, reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales, para la efectiva vigencia del Estado de derecho, e imponen a los jueces el deber de asegurarlas”.

Como ya se dijo, el tribunal se expidió por mayoría, en disidencia el ministro Carlos Herrera advirtió que en un régimen constitucional como el argentino “la jurisdicción proviene de la ley”, que el hábeas corpus sólo protege la libertad corporal, que los jueces no pueden –so pena de vulnerar los principios de división e igualdad de los poderes- exceder los términos de su competencia, y apartarse de los cauces procesales pertinentes; que los derechos que la Constitución otorga lo son conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, de tal manera que la defensa judicial también debe desarrollarse según la normatividad vigente. Por ende y como a la actual causa se le había dado el trámite del hábeas corpus (pese a no llamarse así a la acción instaurada), no era ella procedente.

No obstante, en la parte final del voto, el juez esbozaba una posible excepción a la tesis desarrollada: hipotéticamente, podría darse “la prescindencia de base normativa para la actuación jurisdiccional”, pero eso únicamente era admisible “en condiciones vitalmente extremas, que no se configuraban en el caso aquí considerado”.

Si bien la conclusión a la que se arriba a partir de la doctrina que emana de este fallo importó un triunfo de la ley constitucional por sobre la ley ordinaria, ante el silencio o ineficacia de ésta, aquella debe conservar su plena operatividad y prevalencia, lo cierto es que, aún en el voto de la disidencia antes mencionado, de todas formas deja abierta una posibilidad que, aunque acotada en su alcance, importa el pleno y claro reconocimiento de una verdadera “necesidad” de contar con herramientas eficaces en manos de la justicia ante la notoria violación de garantías y derechos constitucionales vulnerados en forma manifiesta, en el caso, de parte de autoridades públicas.

Esta última conclusión no es menor, muy por el contrario, implica que ni al más férreo (y honesto) defensor del “sistema legalista” en la Argentina, no se le escapa que atenernos ciegamente a la literalidad de las normas, puede conducirnos a situaciones decidida y gravemente injustas y, prioritariamente, a violaciones graves de los derechos y garantías constitucionales, lo cual no debe ser estimulado, muy por el contrario, combatido con fervor por quien detenta la calidad de “magistrado”.

Corresponde, ahora, analizar el otro caso emblemático en la evolución del amparo en nuestro país, así tenemos la sentencia dictada también por la Corte

Suprema de Justicia de la Nación en autos “Kot” ⁽²³⁾ del 5 de octubre de 1.958.

La Corte al pronunciarse en el caso, citó como único antecedente del amparo a la Constitución de Entre Ríos de 1933.

La mayoría de la Corte constató del análisis de los autos, que la ocupación de la fábrica del actor era manifiesta e indudablemente ilegítima. También entendió que ello implicaba un agravio serio e irreparable para los propietarios de la fábrica “y aún para intereses generales” (la ocupación llevaba ya tres meses). Por lo demás, se opina que, siempre hablando de la ocupación, “nada hay... que corresponda diferir a los procedimientos ordinarios establecidos por las leyes... nada hay tampoco que requiera ser debatido en una acción real o en un interdicto posesorio”. Ante ello, se estableció el claro criterio de que siempre que aparezca, en consecuencia, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a algunos de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la vía rápida del recurso de amparo “sin perjuicio de la ponderación y prudencia que deberán seguir en el caso los magistrados” (se recuerda que a diferencia del caso Siri la restricción a los derechos constitucionales del actor, provenía no de autoridades públicas sino de personas privadas, con lo cual se amplía grandemente la legitimación pasiva de la acción de amparo). En dicho fallo, la Corte sentó un principio decisivo para el sustento normativo de la acción de amparo, que deriva del art.33 de la Constitución Nacional argentina (cláusula de los derechos no enumerados), configurándose como una “garantía tácita o implícita que

23 FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Kot Samuel SRL, (Buenos Aires, 1958), 241:291.

protege los diversos aspectos de la libertad individual”.

Con posterioridad, a nivel nacional se dictó la ley 16.983 que reglamentó el “Recurso” de Amparo, en forma muy limitativa, siendo la jurisprudencia la que lo fue ampliando hasta los límites que hoy conocemos.

Así, en el célebre caso “Outón” (24), la Corte se expidió en varios puntos relativos al mecanismo exegético de la ley 16.986. En concreto observó que dicha norma debía analizarse “como el medio razonable concebido para evitar que la acción de amparo sea utilizada caprichosamente, con el propósito de obstaculizar la efectiva vigencia de las leyes y reglamentos dictados en virtud de lo que la Constitución dispone”. Continuando anterior jurisprudencia, observó también que debía seguirse, más que al tenor literal de la ley a la finalidad perseguida por la norma, cuidando asimismo de que “concuere con los principios, derechos y garantías consagrados por la Constitución Nacional, y los derechos sustanciales de la persona, cuando no existe otro remedio eficaz al efecto” por lo demás, posee “el propósito definido de salvaguardar los derechos en tanto ello sea posible sin violencia de su letra o de su espíritu”. En resumen, la Corte entendió que la ley 16.986 no debía interpretarse de manera literal ni restrictiva, y que sí debía contemplársela en función de sus fines y de manera armonizante, es decir, como apunta Valiente Noailles, que “corresponde considerar la ley en su conjunto...”.

Por último no debemos dejar de mencionar la crucial incorporación expresa del instituto en el artículo 43 de la Constitución Nacional, fruto de la reforma constitucional de 1994, el cual quedó redactado de la siguiente forma “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o ley.

En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva...”.

Tal norma ya ha sido objeto de una importante interpretación jurisprudencial de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación,

24 FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, in re Outon (Buenos Aires, 1966), 267:215.

en el caso “Provincia de San Luis” (25) se admitió que la acción pueda interponerse siempre que no exista otro medio judicial o “administrativo” más idóneo, con lo cual, parece replegarse un tanto la acción al no tramitarse cuando se dé este supuesto tan controvertido durante la vigencia de la ley 16.986 como también cuando su institución se regía exclusivamente por parámetros jurisprudenciales, dado que el texto resulta claro que los medios deben ser judiciales y no de otro tipo. Ahora bien, este repliegue (que –aún– no se lo puede catalogar como “firme” o “estable”), vendría a constituirse en un primer indicio de que la “expansión” de los procesos constitucionales, tiende a desacelerarse, lo cual implicaría que tal vez el “quiebre” o “punto de inflexión” de la tendencia que titula este trabajo, ya se ha configurado o se está por producir, reitero, tal vez, en el juego dialéctico de las tendencias sociales.

Si se confirmara esta postura ya como una tendencia de la jurisprudencia del máximo tribunal constitucional, importaría la posibilidad más cierta de lograr que los procedimientos constitucionales en la Argentina se encaucen en una situación más cercana a la normalidad, tomando como parámetros a otros países con similares raíces jurídicas y culturales al nuestro.

Citando a Claudio Daniel Gómez (26) cuando expresaba que, si bien la inconstitucionalidad de la pesificación de los depósitos de los ahorristas (art.2, dec. 214/02 y sus modificatorias –Adla, LXII-A, 117) ha sido declarado por gran parte de la judicatura, faltaba el último y más importante eslabón en la cadena judicial, el de la Corte Suprema de Justicia de la Nación atento a su calidad de “suprema” e intérprete final de la Constitución, y de la autoridad moral e institucional de sus fallos (Fallos: 212-159). Sólo una visión distorsionada de la causa “Peralta” (Fallos: 313-1513 –La Ley, 1991-C,158) podía dar, algún atisbo de esperanza al Estado Nacional y a las entidades financieras que se escudan bajo su manto protector.

El fallo, de gran factura constitucional, dejó ricas enseñanzas a la hora de sostener nuestro endeble Estado de Derecho, ya que ella debe comenzar por el respeto del derecho básico, inalienable e inviolable, de la propiedad (art.17, CN), rescatando la función social que la misma cumple, fijando pautas de conductas a la hora de reglamentarla por nuestros representantes, ya que sus políticas nunca pueden traspasar el límite de su sustancia, ni pueden desnaturalizarla (art.28, CN), ni aún en tiempo de

25 FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, in re “Provincia de San Luis”, (Buenos Aires, 2003), s.173.XXXVIII. originario, expte. 105.369 CS, 2003/ 03/ 05.

26 GOMEZ, Claudio Daniel, *La pesificación compulsiva de depósitos es inconstitucional*, “La Ley” Doctrina Judicial, 2003-1 pág.649.

crisis, para la cual también rige nuestra Constitución.

En realidad, el fallo es una reiteración de pautas preestablecidas por la misma Corte, como ser la idoneidad del amparo para controlar la constitucionalidad de las normas, los límites del control de constitucionalidad, la vigencia (material) del derecho de propiedad, aún ante situaciones de emergencia, la diferencia entre la sustancia y los efectos en la reglamentación del derecho de propiedad, la doctrina de los derechos adquiridos y la seguridad jurídica, el fundamento y las condiciones de validez de la legislación de emergencias económicas, que la interpretación de las normas no debe desentenderse de sus consecuencias, el control judicial de los decretos de necesidad y urgencia, las que se extienden a sus circunstancias fácticas.

Otro caso que podemos citar en Argentina con tensión entre principios constitucionales y derechos humanos es en "Defensor Superior Tribunal de Justicia de E.R. c./Estado Provincial s./Acción de Amparo" (27) se hizo lugar a una medida cautelar, luego –ligeramente- modificada en la sentencia que fue confirmada por el Superior Tribunal de Justicia de E.R. (2.003), que ordenaba al Estado Provincial proveyera a una familia "a suministrar a los menores... y a sus padres..., en forma semanal la provista que da cuenta el informe situacional agregado a fs.23/24 a fin de cubrir las necesidades básicas insatisfechas, disponiendo que a través del Supermercado Spar, sito en suministro a las personas integrantes del grupo familiar de autos las siguientes mercaderías: 3 kg. de leche entera, 7 kg. harina, 350 gr. levadura, 1 kg. de grasa, 2 kg. fideos guiseros, 1 kg. fideos soperos, 1 kg. lentejas, 2 kg. soja, 1 kg. harina maíz, 3 docenas de huevos, 1 kg. de arroz, 1 litro de tomate, 1 paquete de pimentón, 2 kg. de azúcar, 1 kg. de yerba, 1 caja de té, 1 litro y ½ de aceite de aceite, 1 paquete de sal fina, 1 paquete de sal gruesa, 1 litro de vinagre, 5 kg. de carnes rojas (corte único), 3 kg. de carnes blancas, 7 kg. de papas, 4 kg. de batatas, 2 kg. de zanahorias, 3 kg. de cebollas, 2 cabezas de ajo, 3 kg. de zapallitos, 2 calabacitas, 7 kg. de frutas de estación, 2 panes de jabón blanco, 2 jabones de tocador, 1 paquete jabón en polvo, 1 litro de lavandina, 1 litro de detergente (mensual), 1 caja de fósforos y 4 rollos de papel higiénico... el Supermercado Spar podrá solicitar que se le autorice a compensar las deudas fiscales que éste pudiera registrar hasta el momento de su acreencia, hasta que recaiga resolución definitiva del caso planteado, sin que ello posibilite ningún recargo o interés...". Se puede comprobar, con

27 JUZGADO DE FAMILIA Y MENORES No. 2 SECRETARÍA No. 1 DE PARANA (E.R.), in re "Defensor Superior Tribunal de Justicia c./Estado Provincial s./Acción de Amparo" (Paraná, 2.002).

diáfana claridad, hasta donde se ha ampliado el amparo, fundado en la impotencia del Estado y en las gravísimas necesidades sociales.

Una jurisprudencia trascendental digna de ser incluido en este trabajo es el caso "Smith" (28). El dictamen del Procurador refiere –con suma elocuencia-, textualmente, "si bien es cierto que acontecimientos extraordinarios habilitan remedios extraordinarios, los mecanismos ideados para superar la emergencia están sujetos a un límite y éste es su razonabilidad, con la consiguiente imposibilidad de alterar o desvirtuar en su significación económica el derecho de los particulares. La limitación fijada por las sucesivas normas ya aludidas, muestra un ejercicio carente de razonabilidad de la facultad normativa tendiente a conjurar el trance. Ello es así pues tal restricción implica una violación a los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional en tanto desconoce el derecho de las personas a disponer libremente y en su totalidad de su patrimonio....Que, en análogo orden de consideraciones, esta Corte señaló que ni el legislador ni el juez, podrían en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior ya que, en ese caso, el principio de no retroactividad deja de ser una norma infraconstitucional para confundirse con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad reconocida por la Ley Suprema (Fallos: 319:1915; 320:31; 1796 y 2157)".

De dicho fallo, el voto del Dr. Fayt, expresa "Que, ni aún con la extensión reconocida en el caso recién citado –aludiendo al caso "Peralta"- a los poderes del Estado para afrontar emergencia de carácter económico, las disposiciones cuestionadas en el sub iudice pueden reputarse compatibles con la Constitución Nacional. En efecto, y contrariamente a lo que ocurría en Fallos: 313:1513, no se preserva sino que se destruye "el valor...de la moneda" que "es lo que interesa y no puede perderse de vista sin riesgo de incurrir en conclusiones equivocadas" (considerando 55)".

Otro fallo digno de destacar y que resuelve una situación de inequidad normativa tan grave que resulta sorprendente analizarla pretendiendo tomar cierta distancia de los acontecimientos históricos que enmarcan las mismas, sepuede apreciar en el fallo de la Corte Nacional en la causa "Tobar" (29).

En dicha jurisprudencia se declaró –vía acción de amparo- la inconstitucionalidad de normas que reducían retribuciones del sector

28 FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, *in re* "Smith", (Buenos Aires, 2002), 325:28.

29 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, *in re* "Tobar, Leonidas c. Contaduría General del Ejército" 22/08/2002 "La Ley" Doctrina Judicial. 2.002-3, págs. 15/16.

público nacional cuando los recursos no fueren suficientes para atenderlas, pues se trata de normas contrarias a la Constitución Nacional porque difieren a la discrecionalidad del Poder Ejecutivo la fijación de remuneraciones y haberes previsionales como una herramienta de política económica destinada a reducir el gasto público.

Se recuerda que tales normas declaradas inconstitucionales institúan el denominado “déficit cero”, siendo la variable de ajuste las retribuciones de los trabajadores estatales y los haberes previsionales de la clase pasiva. Facultando al Poder Ejecutivo a no abonar los mismos si fuere necesario para preservar el inalcanzable y codiciado “déficit cero”.

Por último, en esta breve y arbitraria selección de fallos, se reitera el caso “San Luis”.

Por sobre todas las cosas, estos fallos citados en último término, dejan otra conclusión, en mi opinión, superior a los argumentos contenidos en los mismos. La gran enseñanza que deja plasmada es que, en Argentina y pese a sus enormes defectos estructurales, culturales y políticos, ni más ni menos que en su peor crisis, no sólo económica y financiera, sino política, social, institucional, en realidad una crisis decididamente general que hizo temer la posibilidad de la desmembración del país y de la guerra civil como la que implosionó en diciembre de 2001, la Corte Suprema de la Nación, puso límites al sistemático atropello de las garantías constitucionales, en un momento en el cual en forma directa y clara se decía que tales decisiones llevarían a otro estadio más profundo del caos en que se vivía. De hecho que, los fallos fueron ejemplares y la crisis se superó, pero se superó respetando la Constitución Nacional y, fundamentalmente, respetando a los ciudadanos que descreían de la carta magna y de sus instituciones.

En definitiva, estos fallos, nos brindan una clara y contundente muestra de la gran influencia que ciernen en la conciencia colectiva de parte de grupos de poder, para formar opinión, imprimiendo el terror, siempre con explicaciones maquilladas de argumentos pseudo científicos, pero siempre llevando a ese error de oponer la Constitución Nacional y sus más básicos principios y garantías a las apetencias del mercado o de los financistas.

Concluyendo, entonces, pese a todo, se logró que la Constitución Nacional fuera respetada, dado que la Corte Suprema argentina adoptó un rol decisivo en ello, se respetaron los derechos de los ciudadanos y, también es importante de destacar, se pudo salir de la crisis respetando

el Estado de Derecho y no infringiéndolo, como se venía utilizando sistemáticamente y, para peor, sin un mínimo éxito.

5. EL ROL TRASCENDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN LA DIMENSIÓN POLÍTICA DE SU ACCIONAR

Esa reacción que se pretenderá encontrar en el análisis de la evolución jurisprudencial de los distintos institutos que se utilizan en Argentina para resguardar las garantías constitucionales de sus habitantes, se enmarca, también, en la dimensión “política” que el control de constitucionalidad posee en nuestro país, tal como lo expresa Bianchi ⁽³⁰⁾, citando a Ricardo Haro cuando dijo “A nadie se le escapa que los jueces al ejercer la revisión jurisdiccional de superlegalidad, están asumiendo un control jurídico, pero de vastas y profundas connotaciones políticas... ya que no puede concebirse que sólo sea político el poder cuando se elabora la ley o cuando se la ejecuta, y no cuando se la enerva y margina del sistema jurídico válido de un Estado”.

El sistema constitucional argentino se basa en la limitación de los poderes de gobierno y la sujeción de sus actos a la autoridad judicial en la oportunidad y en los casos sometidos a su decisión, porque los jueces están facultados para rever los actos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, pudiendo invalidar las normas, actos y omisiones que vulneran la Constitución Nacional.

Sintetizando, entonces, pretendiendo continuar con esta serie de conclusiones y como bien lo ha dicho López ⁽³¹⁾ la Corte Suprema ha expresado que, en su actuación -mediante el tratamiento del recurso extraordinario-, tiende a asegurar la primacía de la Constitución Nacional y normas y disposiciones federales mediante el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, decretos, órdenes y demás actos de los gobernantes y de sus agentes, ratificando el papel de la Corte Suprema como custodio e intérprete final de aquel ordenamiento superior (CSJN, Fallos 280:228).

³⁰ BIANCHI, Alberto B., *Control de Constitucionalidad – El Proceso y la Jurisdicción Constitucionales*, (Cap. Fed., 1.992). Editorial Abaco, pág. 107.

³¹ *Reflexiones sobre el control de constitucionalidad en la República Argentina*, en “La Ley” (Buenos Aires, 1996), A, 1501.

Colautti⁽³²⁾ al comentar el fallo “Smith” lo califica como una demostración cabal del rol de la Corte Suprema como poder del Estado, al expresar que el complejo engranaje de frenos y controles de nuestra Constitución histórica ha cristalizado en esta oportunidad.

6. CONCLUSIÓN

Ha quedado demostrado, al menos en forma genérica (dado que una mayor profundización en el análisis del trabajo bien puede ser objeto de estudio de una tesis y no en el limitado marco de una ponencia), que la tendencia a la mayor amplitud de los procesos constitucionales en la Argentina, obedece a una arraigada postura cultural de los dirigentes de una sociedad que no respeta la ley, en general, y por ello, es tan proclive a incumplir con la carta magna.

Para llegar a tal conclusión, se analizó, en primer lugar, el Recurso Extraordinario Federal, proceso constitucional que, pese a haberse tomado sin alteraciones de su modelo e, incluso, incorporándole las modificaciones que en su país de origen le efectuaron en su evolución, es decir, con base normativa, por distintos medios y alternativas (invocando la arbitrariedad, la gravedad institucional, etc.), llegó a una situación de colapso del sistema ante la inmensa cantidad de recursos que invocan la causal de “arbitrariedad” que parecería encontrarse en una tendencia proclive a ser superada, ya que la crisis sufrida ha sido superada por completo y más allá de que continúen existiendo situaciones de violación a derechos humanos pero en casos puntuales y no generalizados como los que sucedieron en la época de emergencia que hemos analizado en este trabajo, justificado metodológicamente en cuanto en esos momentos críticos es en donde se ponen a prueba no sólo los sistemas de protección de derechos humanos sino, sin duda, el temple de un país para seguir siendo tal y fundamentalmente para ir reconstruyéndose continuamente de acuerdo a los desafíos internos y externos a los que se encuentra llamado a afrontar.

Por otra parte y para que la investigación realizada tuviera el proceso constitucional antagónico al anterior, al menos en su génesis y en su raíz, se estudió el proceso de amparo, el cual, a nivel nacional, se entronizó con base pretoriana, luego legal y recientemente con su incorporación a la carta magna, como también, ya se analizó.

32 COLAUTTI, C. A., *La Corte Suprema como Poder del Estado*, Suplemento Especial “La Ley” (Buenos Aires, 4/2/02), pág. 1.

En el análisis del amparo, encontramos, que las violaciones a los derechos y garantías que emergen de la Constitución Nacional, provienen del propio Estado (fundamentalmente de parte del Poder Ejecutivo) o, en ínfima medida, de los particulares.

Dicho amparo el cual se lo catalogó como “remedio excepcional y heroico”, culminó siendo el proceso más utilizado en los fueros judiciales, reclamando por prestaciones de cobertura de salud, por la devolución de los importes depositados y “acorrallados” por el Estado, por el pago de los sueldos de los empleados públicos y de los propios jueces, pidiendo se le dé un “menú” de alimentos a un necesitado, como vemos, terminó con una amplitud y ordinarización, que nunca se hubiese imaginado el más “progresista” de los juristas, cuando la Corte fallaba en “Siri” o en “Kot”.

En definitiva, la conclusión a la que se arriba es que, los procesos constitucionales en nuestro país, son de una amplitud y ordinarización sin igual, porque la judicatura en general, la cual tiene en su cúspide, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, debió reaccionar frente a la violación sistemática y generalizada del orden constitucional y de los derechos humanos de los habitantes y ciudadanos que acuden ante ella.

Puesto que, en la solución del caso concreto, ya sea que adoptemos la teoría de Nieto ⁽³³⁾ el cual expresaba que el derecho no se halla sólo en el saber sino en el sentimiento, puesto que su objeto no reside sólo en la cabeza, sino también en el corazón del hombre (hasta tal punto) que en casi todas las cuestiones jurídicas el sentimiento ya ha decidido antes de que se haya iniciado cualquier investigación científica, o, la que postula Gordillo ⁽³⁴⁾ que a diferencia del anterior sostiene que no es que ya se decida, sino que se formula una hipótesis provisional, sujeta a modificación. Por otra parte, el mismo autor, nos enseña que “Nuestros criterios están siempre dotados, consciente o inconscientemente, de toda una armazón valorativa, que en el jurista es cuanto menos la búsqueda y transmisión de una emoción o sentimiento de justicia, valoración social, económica, política, unida a un simultáneo esfuerzo de persuasión, convicción de una solución creativa, imaginación. En esto la obra jurídica se aproxima al género literario; es también expresión de realización personal, persuasión, sentimiento.

Tan precisas palabras posibilitan concluir con este punto, expresando que la amplitud de los procesos obedece a tal aspecto social que, parece, ha llegado a un punto, del cual se estaría saliendo, lo que aparejará que

33 NIETO, Alejandro, *Los límites del conocimiento jurídico*, cit. por GORBAK, Erika E., 25 Años después de Bakke: ¿Se reafirma la Acción Afirmativa?, en *Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo La Ley*, (Buenos Aires, 2004), pág. 58.

34 GORDILLO, Agustín, *El método en Derecho*, (Madrid, 1995). Ed. Civitas, pág.69, en la nota 12.

la amplitud de los procesos constitucionales se retrotraiga a un punto más cercano al que debe tener un país que considera su compromiso primero: el que se efectúa ante los demás y ante sí mismo, de respetar la palabra para convivir mejor, para progresar juntos y que se plasma en su “carta magna”.

7. ÍNDICE DE MATERIAS Y PERSONAS

A

Acción de Amparo, 4, 14, 18, 23
Arbitrariedad, 2, 10, 11, 12, 21, 22, 45, 46

B

Beherán, 24
Bertotto, 26, 27, 28
Bianchi, 43
Bidart Campos, 18
Bochar, 26
Brasil, 14, 16

C

Colautti, 44
Compañía Sudamericana, 30
Confederación Argentina, 7
Congreso Nacional de Derecho Procesal, 22
Constitución Nacional, 4, 13, 14, 17, 18, 19, 20, 22, 24, 26, 34, 35, 40, 41, 42, 46
Constitución Norteamericana, 4
Corralito, 3
Corte Norteamericana, 5, 6
Corte Suprema de Justicia de la Nación, 5, 9, 10, 28, 30, 36, 37, 42, 43, 47

D

Defensor de Pobres y Menores, 38
Déficit “Cero”, 41
Dislate, 12

E

Espil, 7
Estado de Derecho, 40
Expansión, 36
Explosión, 10

F

Fayt, 40

G

Ghildi, 26
Gomez, 37
González, 9
Gordillo, 47

H

Habeas Corpus, 17, 27, 28, 29, 32
Hart, 6
Herrera, 31
Hitters, 11

J

Judiciary Act, 5

K

Kot, 33, 57

L

Linares Quintana, 15, 16, 28, 30
López, 44

M

Madvury vs. Madyson, 4
Malvar, 30
Mandato de Seguridad, 16
Manzoratte, 9
Maquiavelo, 1
Méjico, 14, 15, 17
Menú, 47
Muñiz, 16

N

Nieto, 47
Noailles, 35

O

Outon, 19, 34

P

Peralta, 37, 40
Periódico "Democracia", 26
Periódico "Mercedes", 31
Procurador de la Corte, 37
Progresista, 45
Provincia de San Luis, 36

R

Real Academia Española, 22
Rejón, 15
Río de Janeiro, 16

S

Sagües, 4, 5, 6, 17, 18, 20
Siri, 30, 31, 34, 47
Smith, 39, 44
Spota, 13

V

V Encuentro Argentino de Derecho Constitucional, 10
Viamonte, 27

T

Tobar, 41

XXII Congreso Nacional, 23

8. BIBLIOGRAFÍA GENERAL

BEHERAN, Roberto, El Amparo y Las Acciones de Ejecución y Prohibición, (Paraná, Entre Ríos, 1.995). Ed. Delta Editora.

BIANCHI, Alberto B., Control de Constitucionalidad – El Proceso y la Jurisdicción Constitucionales, (Capital Federal, 1992). Edit. Abaco.

BIDART CAMPOS, Germán, Derecho de Amparo, (Buenos Aires, 1961). Editorial Ediar.

ESPIL, La Suprema Corte Federal, cit. por SAGÜÉS, N.

GONZALEZ, Joaquín V., Manual de la Constitución Argentina (1853-1.860), 20º ed., (Buenos Aires, 1.951). Ed. Estrada.

GORDILLO, Agustín, El método en Derecho, (Madrid, 1995). Ed. Civitas.

LINARES QUINTANA, Segundo V., Acción de Amparo. Estudio Comparado con el Juicio de Amparo de Méjico y el Mandato de Seguridad de Brasil, (Buenos Aires, 1960). Ed. Bibliográfica Argentina.

NIETO, Alejandro, Los Límites del conocimiento jurídico, (Madrid, 2002). Edit. Trotta.

8.1 ESPECIAL

SAGÜES, Néstor Pedro, Derecho Procesal Constitucional – Recurso Extraordinario, 3ª ed. actualizada y ampliada, (Capital Federal, 1.992). Ed. Astrea.

SAGÜES, Néstor Pedro, Derecho Procesal Constitucional – Acción de Amparo, 4ª ed. ampliada, (Cap. Fed., 1995). Ed. Astrea.

8.2 OTRAS PUBLICACIONES

COLAUTTI, C.A., La Corte Suprema como Poder del Estado, Suplemento Especial La Ley, (Buenos Aires, 2002).

HITTERS, Juan Carlos, Jurisdicción Constitucional (panorama descriptivo), en La Ley (Buenos Aires, 1.996-D-1.663).

GOMEZ, Claudio Daniel, La pesificación compulsiva de depósitos es inconstitucional, en La Ley Doctrina Judicial, (Buenos Aires, 2003-1).

LOPEZ, G., Reflexiones sobre el control de constitucionalidad en la República Argentina en La Ley (Buenos Aires, 1.996-A-1.501).

SPOTA, Alberto Antonio, El principio de Supremacía de la Constitución y los medios establecido para garantizarla en la Argentina en el ámbito del Poder Judicial federal en La Ley (Buenos Aires, 1.993-C-766).

XXII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL – Entre Ríos – s/l, (Paraná, Junio 2003), t. II. Procesal Constitucional.

8.3. CITAS DE FALLOS

FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Manzoratte, (Buenos Aires, 1971), 280:228.

FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Outon, (Buenos Aires, 1967), 267:215.

FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Blanco, (Buenos Aires, 1861), 1:170.

FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Bertotto, (Buenos Aires, 1933), 168:15.

FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Malvar, (Buenos Aires, 1.933), 169:103.

FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Compañía Sudamericana, (Buenos Aires, 1935), 174:178.

FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Siri, (Buenos Aires, 1957), 239:459.

FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Kot, (Buenos Aires, 1958), 241:291.

FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Provincia de San Luis, (Buenos Aires, 2003), s.173.XXXVIII. originario, expte. 105.369 CS, 2003/03/05.

JUZGADO DE FAMILIA Y MENORES No. 2 SECRETARÍA No. 1 de Paraná (E.R.), in re “Defensor del Superior Tribunal de Justicia”, (Paraná, 2.002).

FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Smith, (Buenos Aires, 2002), 325:28.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Tobar, 22/08/2002, “La Ley” Doctrina Judicial, 2.002-3.

V

**O AMICUS CURIAE COMO INSTRUMENTO DE ACESSO
DA TRANSDISCIPLINARIDADE NO PROCESSO DE
TOMADA DE DECISÃO CONSTITUCIONAL**

André Pires Gontijo

** Doutorando e Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), Professor da Graduação e da Especialização do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), Pesquisador dos grupos de pesquisa Internacionalização dos Direitos (UnICEUB/Collège de France) e MERCOSUL.*

SUMARIO

1 Considerações Iniciais, 2 Origem e Natureza Jurídica do Amicus Curiae no Brasil, 2.1 Origem, 2.2 O amicus curiae como uma garantia institucional, 3 Atuação do Amicus Curiae nos Processos de Controle Abstrato de Constitucionalidade, 4 O Amicus Curiae como instrumento da transdisciplinariedade: seu papel em uma visão concretista aberta, 5 Considerações Finais, 6 Referências

RESUMO

A presente pesquisa circunscreve-se no âmbito do direito constitucional, cujo objeto é a temática do *amicus curiae*, conferindo um enfoque na sua função no âmbito do Estado Constitucional. O “amigo da Corte” é um dos institutos que permite a participação do cidadão (de forma direta ou indireta) no âmbito do processo constitucional. Como problema dessa pesquisa, questiona-se qual o papel do *amicus curiae* no Estado Constitucional e, em decorrência dessa problematização, inúmeros outros questionamentos surgem, no sentido de como fazer com que o cidadão, em um contexto de sistemas sociais complexos, participe do processo de tomada e de formação da decisão da Corte Constitucional, ou de verificar se há procedimentos legítimos que possibilitem a participação do cidadão no Estado Constitucional, ou ainda qual a maneira mais efetiva de se assegurar esta participação e, inclusive, se esta participação pode ser instrumento legítimo de conduzir a transdisciplinaridade dos direitos fundamentais à formação da decisão constitucional. Para a resposta dessas perguntas é necessário, primeiramente, identificar a origem e a natureza jurídica do *amicus curiae*, para contextualizá-lo, segundo o procedimento adequado, nas diversas discussões envolvendo o controle de constitucionalidade das normas. A interpretação constitucional deve partir de um paradigma democrático, tornando-se possível se existir uma abertura procedimental para viabilizar as intervenções da sociedade civil organizada na formação do intérprete oficial da norma jurídica (a vontade geral). Com o amadurecimento das instituições e o fomento do debate acerca da democratização da jurisdição constitucional, permite-se o processo de abertura da hermenêutica constitucional, com a evolução de práticas inovadoras, como as diversas formas de manifestação (dentre elas o *amicus curiae*). A importância desse estudo consiste na constatação do *amicus curiae* como um dos pontos de abertura do Estado Constitucional, o qual poderá contribuir com sua argumentação para, mediante a discussão a partir de vários pontos de vista, solucionar as controvérsias inseridas no contexto do controle de constitucionalidade das normas, observando-se o método discursivo de abordagem dogmático, não obstante o espaço para momentos dialético-reflexivos. Como hipótese inicial, tem-se que as Leis n.(s) 9.868/99 e 9.882/99¹ são meios de racionalizar com transparência os

¹ Trata-se de uma das tentativas de pluralizar o processo de interpretação constitucional, em que tais leis tentaram permitir que o cidadão pudesse ingressar diretamente com uma ação constitucional

argumentos formadores do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, os quais levarão à conformação desses direitos no contexto social, conferindo um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, e permitindo que a transdisciplinaridade ingresse, em um primeiro momento, no processo de tomada de decisão constitucional. A fórmula procedimental de intervenção do *amicus curiae* no processo constitucional constitui um excelente instrumento de informação para o Supremo Tribunal Federal, na medida em que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração de extrema relevância ao Estado Constitucional brasileiro. Elevado a categoria de garantia institucional, o *amicus curiae* passa a ser o canal da comunicação – entre o “ambiente” sociedade civil organizada (sociedade aberta de intérpretes) e o “sistema social” STF – e, ao mesmo tempo, a garantia institucional que os cidadãos possuem para levar seu ponto de vista ao processo de tomada de decisão da Corte Suprema. Com a ampliação dos instrumentos de informação dos juízes constitucionais, principalmente no que diz respeito ao acesso à justiça por meio das audiências públicas e das intervenções de eventuais interessados, assegura-se, nessa perspectiva, novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição, permitindo, inclusive, o ingresso de elementos transdisciplinares para o aperfeiçoamento das questões constitucionais. Assim, com o acesso a essa pluralidade de contribuições à interpretação constitucional em permanente diálogo, a Corte Constitucional passa a contar com os subsídios técnicos, as implicações político-jurídicas e os elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos intérpretes, contribuindo para a qualidade da prestação jurisdicional e garantindo novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal no contexto de sua função primordial de guardião da Constituição.

Palavras-Chave: *Amicus Curiae*. Estado Constitucional. Acesso da Transdisciplinaridade ao processo de tomada de decisão constitucional.

ABSTRACT

This essay is about the constitutional law, whose object is the theme of the *amicus curiae* on its function within the Constitutional State. The “Friend of the Court” is one of the institutes that allows citizen participation (direct or indirect) within the constitutional process. The research focus is what the role of *amicus curiae* in the Constitutional State and as a result of this questioning, several other questions arise, to how to make

the citizen, in a context of complex social systems, participate in decision-making process and training of the decision of the Constitutional Court, or to check for legitimate procedures that enable citizen participation in the Constitutional State, or even what the most effective way to ensure this participation, and even if such participation may be the instrument legitimate in transdisciplinarity lead to the formation of the fundamental rights of constitutional decision. To answer these questions, first it is necessary identify the origin and legal *status* of *amicus curiae*, to contextualize it, under the proper procedures in the various debates involving the Brazilian judicial review. The constitutional interpretation must stem from a democratic paradigm, making it possible if there is an opening to enable procedural interventions of civil society in shaping the official interpreter of the legal rule (the general will). With the maturing of the institutions and fostering debate about the democratization of constitutional jurisdiction is allowed in the opening process of constitutional hermeneutics, with the development of innovative practices, such as various forms of manifestation (among them the *amicus curiae*). The importance of this study is the finding of the *amicus curiae* as one of the opening of the Constitutional State, which may contribute to his argument by discussing from various viewpoints, resolve their disputes inserted in the context of judicial review standards, observing the discursive method of dogmatic approach, despite the dialectic reflective moment. As initial hypothesis is that the Law 9.868/99 and Law 9.882/99 are ways to streamline transparently the arguments form the scope of protection of fundamental rights, which will lead to the conformation of these rights in the social, a pluralistic approach to giving an objective process of judicial review, and enabling transdisciplinarity enters, at first, in the process of constitutional decision-making. The procedural formule intervention of the *amicus curiae* in the constitutional process is an excellent source of information for the Supreme Court, to the extent that the participation of different groups in litigation of great significance for the whole society fulfills a function of integration of extreme importance the Brazilian Constitutional State. Classified as an institutional guarantee, the *amicus curiae* shall be the channel of communication - between the "environment" organized civil society (open society of interpreters) and "social system" Supremo Tribunal Federal - and at the same time, the institutional guarantee that the citizens have to bring their views to decision-making process of the Supreme Court. With the expansion of information tools of constitutional judges, particularly with regard to access to justice through public hearings and statements from any interested parties, ensures this perspective, new ways of involving the public powers as pluralist interpreters broad sense of the Constitution, allowing even the entry of trans elements for the improvement of constitutional issues. So,

with access to this plurality of contributions to the ongoing dialogue on constitutional interpretation, the Constitutional Court now has the technical inputs, the implications of political-legal and economic repercussions of the elements that may be presented by performers, contributing to the quality of adjudication and ensuring new possibilities of legitimation of the judgments of the Supreme Court in the context of their primary role as guardian of the Constitution.

Keywords: *Amicus Curiae*. Constitutional State. The Transdisciplinarity Access on constitutional decision-making process.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente pesquisa circunscreve-se no âmbito do direito constitucional, cujo objeto é a temática do *amicus curiae*, conferindo um enfoque na sua função no âmbito do Estado Constitucional.

Nos dias atuais, em que os magistrados ganham força pelo exercício da criação do Direito, em virtude da aplicação das normas do ordenamento jurídico aos diversos fatos concretos (realismo jurídico), cujo movimento é presenciado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em razão da interpretação da Constituição e das leis de um sistema *Civil Law* por uma Corte influenciada pelo *Common Law*², observando-se, atualmente, um reflexo desse movimento no Supremo Tribunal Federal, faz-se necessária a participação de forças sociais no processo de tomada de decisão, a fim de exercer com plenitude e efetividade a cidadania e o pluralismo político, protegidos pela Constituição (CF, art. 1º, II, V, e parágrafo único).

Nesse sentido, é preciso observar os diversos aspectos inerentes a institutos que permitem a participação do cidadão (de forma direta ou indireta) no âmbito do processo constitucional. Dentre eles, se encontra o “amigo da Corte”, mecanismo processual previsto no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868, de 10.11.1999, o qual se caracteriza pela manifestação de órgãos ou entidades (de acordo com a sua representatividade), geralmente no prazo de 30 dias, acerca de determina matéria que se mostre relevante ao interesse social.

Diante disso, apresenta-se a pergunta-chave dessa pesquisa: **QUAL O PAPEL DO AMICUS CURIAE NO ESTADO CONSTITUCIONAL?**

2 Nesse sentido, confira os argumentos de SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1997.

Com efeito, como fazer com que o cidadão, em um contexto de sistemas sociais complexos, participe do processo de tomada e de formação da decisão da Corte Constitucional? Há procedimentos legítimos que possibilitem a participação do cidadão no Estado Constitucional? Qual a maneira mais efetiva de se assegurar esta participação? Esta participação pode ser instrumento legítimo de conduzir a transdisciplinaridade dos direitos fundamentais à formação da decisão constitucional?

Para a resposta dessas perguntas é necessário, primeiramente, identificar a origem e a natureza jurídica do *amicus curiae*, para contextualizá-lo, segundo o procedimento adequado, nas diversas discussões envolvendo o controle de constitucionalidade das normas.

A jurisdição constitucional brasileira teve como primeiro passo para a democratização a promulgação da Constituição de 1988. No entanto, a interpretação do texto constitucional permaneceu restrita a uma “sociedade fechada de intérpretes”³, na qual o cidadão é reduzido à condição de mero espectador passivo das decisões proferidas pelos Ministros do STF, pelos pareceres e informações do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União e pelas manifestações propedêuticas dos demais legitimados (no caso de eles proporem determinada ação constitucional).

Com efeito, esse modelo de certa maneira impossibilita a interpretação da Constituição pelo cidadão e por setores mais amplos da sociedade civil, dificultando o desenvolvimento e o fortalecimento da posição do *amicus curiae*. Todavia, com o amadurecimento das instituições e o fomento do debate acerca da democratização da jurisdição constitucional, permite-se o processo de abertura da hermenêutica constitucional, com a evolução de práticas inovadoras, como as diversas formas de manifestação (dentre elas o *amicus curiae*).⁴

A fim de se evitar que a jurisdição constitucional se torne uma instância autoritária de Poder, Gustavo Binenbojm observa:

“(...) há que se fomentar a idéia de sociedade aberta de intérpretes da Constituição, formulada por Peter Häberle, segundo a qual o círculo

3 Cf. BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Direito Federal: revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, v. 22, n. 78, p. 141-166, out./dez. 2004, p. 153.

4 Cf. SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Amicus Curiae, Direito e Ação Afirmativa*. *Revista Jurídica*. Brasília, vol. 07, n. 76, dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>. Acesso em: 27.03.2006.

de intérpretes da Lei Fundamental deve ser elástico para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional”.⁵

Nesse sentido, é importante esclarecer como premissa que a interpretação constitucional deve partir de um paradigma democrático, tornando-se possível se existir uma abertura procedimental para viabilizar as intervenções da sociedade civil organizada na formação do intérprete oficial da norma jurídica (a vontade geral).⁶

Dessa forma, o instituto deve participar dos procedimentos que contornam o Estado Constitucional brasileiro, pois ele representa a sociedade, de forma direta, nas discussões que resultam na mudança de procedimento em razão da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade emanadas pelo Poder Público, voltadas para as relações jurídicas do cotidiano dos cidadãos.

Nesse contexto, a importância desse estudo consiste na constatação do *amicus curiae* como um dos pontos de abertura do Estado Constitucional, o qual poderá contribuir com sua argumentação para, mediante a discussão a partir de vários pontos de vista, solucionar as controvérsias inseridas no contexto do controle de constitucionalidade das normas, observando-se o método discursivo de abordagem dogmático, não obstante o espaço para momentos dialético-reflexivos.⁷

Assim sendo, como hipótese inicial, tem-se que as Leis n.(s) 9.868/99 e 9.882/99⁸ são meios de racionalizar com transparência os argumentos formadores do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, os quais levarão à conformação desses direitos no contexto social⁹, conferindo

5 Cf. BINENBOJM, Gustavo. *A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual*. *Direito Federal: revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, v. 22, n. 78, p. 141-166, out./dez. 2004, p. 149.

6 Cf. SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Lei n. 9.868/99: uma proposta hermenêutica democraticamente adequada*. *Estudos de Direito Público: homenagem aos 25 anos do mestrado em Direito da UnB*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 85.

7 *Acerca dos métodos de abordagem*, cf. SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

8 *Trata-se de uma das tentativas de pluralizar o processo de interpretação constitucional, em que tais leis tentaram permitir que o cidadão pudesse ingressar diretamente com uma ação constitucional perante o Supremo Tribunal Federal*.

9 Cf. SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Lei n. 9.868/99: uma proposta hermenêutica democraticamente*

um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade¹⁰, e permitindo que a transdisciplinaridade ingresse, em um primeiro momento, no processo de tomada de decisão constitucional.

Portanto, além dessa abertura procedimental (que aos poucos está ganhando efetividade), cingir-se-á ao estudo do *amicus curiae*, verificando-se aspectos inerentes a sua origem, natureza jurídica, ao seu papel nos processos de constitucionalidade de efeitos abstratos, a fim de revelar sua função no Estado Constitucional brasileiro.

2 ORIGEM E NATUREZA JURÍDICA DO *AMICUS CURIAE* NO BRASIL

2.1 ORIGEM

O *amicus curiae* é um instituto que prevê a possibilidade de entidades atuarem no sentido da universalização e realização do Direito¹¹, cujo núcleo essencial contém o espírito do princípio democrático.

No âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos, a origem do instituto transcende a idéia de *stare decisis*, na medida em que surgiu em virtude da reivindicação dos litigantes que estavam insatisfeitos com a aplicação do “precedente” em seus casos concretos, alegando que o precedente não apresentava as características peculiares que cada lide possuía. Assim, por meio da realização de *lobby* perante os Ministros da Suprema Corte, começou-se a apresentar argumentos para compor, de maneira abstrata, os fundamentos do precedente a ser aplicado de forma geral e vinculante mediante o *stare decisis*. Hoje, observa-se a organização da Suprema Corte dos Estados Unidos, que disciplina o procedimento para a manifestação dos interessados e disponibiliza com antecedência os processos que serão julgados no decorrer do ano e a relação dos *amici curiae* que compõe os julgamentos.¹²

adequada. *Estudos de Direito Público: homenagem aos 25 anos do mestrado em Direito da UnB. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 85.*

10 Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. *As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro. Revista de Informação Legislativa, a. 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998, p. 161.*

11 Cf. SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *Ponto final: o amicus curiae no ordenamento jurídico brasileiro. Correio Brasiliense, Brasília, 25.03.2002, Caderno Direito e Justiça, n. 14190, p. 12.*

12 *Com efeito, essa preocupação começa a se manifestar no STF, como se observa do trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence na ADI n. 2.777: “(...) Mas entendo urgente que, mediante norma regimental, venhamos a encontrar uma fórmula que, sem comprometer a viabilidade do funcionamento do Tribunal — nesta, que é a sua função mais nobre: o julgamento dos processos*

Um paralelo interessante a se fazer acerca de sua natureza jurídica é com o instituto perante o Tribunal Constitucional Federal (TCF) da Alemanha. Qualquer um (pessoa ou entidade de classe) pode submeter um memorial na qualidade *amicus curiae* perante o TCF¹³. No entanto, há uma “cultura” estabelecida nesse procedimento, no sentido de que o cidadão ou as entidades de classe (associações, igrejas, partidos políticos) precisam submeter seus memoriais à análise de um catedrático de uma universidade, a fim de que ele os proponha perante o TCF¹⁴.

Ocorre que cada juiz do TCF possui a sua disposição três catedráticos para auxiliar nos julgamentos. Nesse sentido, o que era para ser um acesso plural à Corte Constitucional acaba se tornando um debate dialético entre catedráticos em uma linguagem técnica, segundo o perfil e linha de pensamento, fazendo com que o espírito do cidadão ou da entidade colocado no memorial original se perca em uma discussão teórica.

Nessa perspectiva, observa-se os esforços de Peter Häberle para construir uma teoria constitucional da sociedade aberta (fundada na perspectiva da sociedade popperiana-habermasiana). O próprio autor afirma que a sociedade aberta possui inúmeras acepções e reflexos¹⁵, e uma delas reflete seu posicionamento crítico, no sentido de que seu livro acerca da teoria da sociedade aberta¹⁶ constitui uma crítica a essa “cultura catedrática”, ao estimular a participação de diversas entidades no processo de tomada de decisão.

objetivos do controle de constitucionalidade —, possamos ouvir, o que me parece extremamente relevante, o amicus curiae admitido. Admito, hoje, a sustentação oral e insto o Tribunal a que imaginemos uma fórmula regimental que a discipline, em especial, para as hipóteses em que sejam muitos os admitidos à discussão da causa.” (Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI n. 2777. Relator Ministro Cezar Peluso. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, Informativo (STF) n. 349 (26.11.2003). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 30.09.2006).

13 Cf. MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Coletânea original: Jürgen Schwabe. Montevideo, Urugua: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

14 Parte dessa constatação já é observada por Peter Häberle, pois o autor coloca que determinados recursos promovidos por associações de “co-gestão” (catedráticos) implementam uma interpretação que subtrai parte do bem comum buscado originalmente (cf. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 98-99).

15 Cf. HÄBERLE, Peter. *Antwort [resposta]*. Mensagem enviada por meio eletrônico [Peter.Haeberle@uni-bayreuth.de], recebida por [andre.gontijo@gmail.com] em 09.08.2006.

16 Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

Dessa forma, Häberle adota uma postura rebelde e evolucionista, porque intenta transformar a sociedade internamente, com a reflexão ético-filosófica própria do Estado-social, convidando para reflexão todos os intérpretes constitucionais, de qualquer parâmetro (social, econômico, jurídico-dogmático, deontológico, sociológico), a fim de poderem fazer releituras contextualizadas dos textos constitucionais – tanto para o cidadão, como para o jurista – e do papel dos magistrados no desempenho da Jurisdição Constitucional, para que a Constituição não se transforme em uma “ciência exotérica” de toda a cidadania. Como afirma o próprio Häberle, ou a Constituição pluralista é de “toda” a cidadania, ou a Constituição não é de nada, pois a compreensão que os cidadãos e suas respectivas associações obtêm de todo o processo será a autêntica Constituição do país.¹⁷

No Brasil, as previsões iniciais do instituto do *amicus curiae* não remetiam à idéia de pluralidade (CF, art. 1º, V) e de acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV). Nesse aspecto, a primeira manifestação (com características semelhantes) foi com a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), que oferecia pareceres ou prestava esclarecimentos em processos individuais – em razão de sua função fiscalizadora no mercado de valores mobiliários (Lei n. 6.385/76, art. 31 – acrescentado pela Lei n. 6.616/78) – não necessitando obrigatoriamente de demonstrar interesse no caso a ser julgado.¹⁸

Por conseguinte, a Lei n. 8.884/94 permite ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) intervir em processos sem a necessidade de se demonstrar o interesse na causa em questão (Lei n. 8.884/94, art. 89).¹⁹

Nessa perspectiva, a Lei n. 9.868/99 trouxe a previsão do instituto de forma ampla na ADI e na ADC (art. 7º, § 2º) e nos demais processos de efeito concreto (o art. 29 acrescentou o § 3º ao art. 482 do CPC, cuja redação é muito semelhante ao § 2º do art. 7º). Além disso, outras leis, como a Lei n. 9.882/99 (que institui a ADPF – art. 6º, §§ 1º e 2º)²⁰ e a Lei n. 10.259/01 (que

17 Cf. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 21-22, 56, 75 e 94.

18 Cf. CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. *O instituto do amicus curiae como política pública de acesso à justiça*. Texto enviado por meio eletrônico [paulo@unb.br], recebido por [andre.gontijo@gmail.com] em 25.03.2006.

19 Cf. CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. *O instituto do amicus curiae como política pública de acesso à justiça*. Texto enviado por meio eletrônico [paulo@unb.br], recebido por [andre.gontijo@gmail.com] em 25.03.2006.

20 O Ministro Marco Aurélio – na apreciação da ADPF-MC n. 54 – entendeu que o art. 6º, § 1º, da Lei n. 9.882/99 não prevê hipótese de *amicus curiae*, apesar desse dispositivo mencionar que o relator poderá fixar data para a declaração, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria (Lei n. 9.882/99, art. 6º, § 1º). Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar

instituiu os Juizados Especiais Federais – art. 14, § 7º) prevêem o instituto do *amicus curiae* em seus respectivos textos normativos.²¹

Assim, para ter em mente o *amicus curiae* como uma política pública de acesso à justiça, é preciso conhecer seus poderes e prerrogativas, além de suas possíveis influências na construção do processo de tomada de decisão dos magistrados.²²

Antes da Lei n. 9.868/99, o *amicus curiae* era como um colaborador informal, o qual apresentava memoriais a serem juntados por linha (ou seja, fora do curso do processo, na capa dos autos), como se observou no contexto do Agravo Regimental da ADI n. 748, cujo relator era o Ministro Celso de Mello.²³

Após o advento da Lei n. 9.868/99, o STF (na QO-ADI n. 2.223) permitiu a integração e manifestação do *amicus curiae* no processo constitucional, com a juntada de documentos, mas sem a autorização para a sustentação oral.²⁴

Com efeito, apenas no julgamento das QO-ADI(s) n.(s) 2.675 e 2.777 é que o STF permitiu a sustentação oral dos terceiros admitidos no processo abstrato de constitucionalidade, qualificando-os como *amicus curiae*.²⁵

perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria). Todavia, o Ministro Marco Aurélio deixa margem à possibilidade de aplicação por analogia da Lei n. 9.868/99 em sede de ADPF (Cf. TARANTO, Caio Márcio Gutterres. O juiz na qualidade de amicus curia em precedentes judiciais aptos a ensejar a produção de súmula com efeito vinculante. Direito federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil, a. 23, n. 82, p. 25-43, out./dez. 2005, p. 30). Nesse ponto, acredita-se que tanto o § 1º (redação acima) quanto o § 2º do art. 6º (Lei n. 9.882/99, art. 6º, § 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo) são instrumentos aptos a demonstrar a pluralidade de idéias que o amicus curiae representa, caracterizando-se, portanto, que o amicus curiae é um instituto previsto nos dois parágrafos do art. 6º da Lei n. 9.882/99.

21 Cf. CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. O instituto do *amicus curiae* como política pública de acesso à justiça. Texto enviado por meio eletrônico [paulo@unb.br], recebido por [andre.gontijo@gmail.com] em 25.03.2006.

22 Cf. CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. O instituto do *amicus curiae* como política pública de acesso à justiça. Texto enviado por meio eletrônico [paulo@unb.br], recebido por [andre.gontijo@gmail.com] em 25.03.2006.

23 Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Agravo Regimental na ADI n. 748. Relator Ministro Celso de Mello, DJ 18.11.1994. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 14.06.2006.

24 Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. QO-ADI n. 2.223. Relator Ministro Marco Aurélio. Informativo (STF) n. 246. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 14.06.2006. Ressalta-se nesse precedente o debate ocorrido entre os Ministros Marco Aurélio, Moreira Alves, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, juntamente com Luís Roberto Barroso (na qualidade de advogado) acerca da possibilidade de sustentação oral como *amicus curiae* que, na época, não ocorreu.

25 Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. QO-ADI n. 2.675, Relator Ministro Carlos Velloso; QO-ADI n. 2.777, Relator Ministro Cezar Peluso. Informativo (STF) n. 331. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 14.06.2006.

Nos dias atuais, a Regra (*Rule*) n. 37 do Regimento Interno da Suprema Corte disciplina o instituto do *Amicus Curiae* nos Estados Unidos (EUA). O procedimento no sistema jurídico dos EUA é mais complexo, pois para se chegar à condição de *amicus curiae*, o requerente tem o dever de apresentar o consentimento das partes envolvidas na lide acerca de todos os seus atos de participação (memoriais e sustentação oral, por exemplo). No entanto, mesmo não havendo o consentimento das partes, o “candidato a *amicus curiae*” deverá juntar a seu pedido de admissão as razões do não consentimento, porque independentemente do consentimento das partes litigantes, a Suprema Corte ainda pode determinar uma audiência prévia com as partes para solucionar a questão ou ainda admitir de ofício o ingresso do requerente com *amicus curiae* no processo.²⁶

Nesse contexto, o Ministro Gilmar Mendes acredita que a prática instituída na Suprema Corte dos Estados Unidos de apresentação de memoriais pelos *amici curiae* (*amicus curiae brief*) é o exemplo cultural a ser estudado, adaptado e seguido, pois permite àquela Corte a conversão de um processo aparentemente subjetivo e de efeitos concretos de controle de constitucionalidade em um processo objetivo, por se interessar a todos, assegurando-se, por essa razão, a participação das mais diversas pessoas e entidades.²⁷

Nesse sentido, é importante ressaltar a decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes na ADI n. 3.494, cuja admissão de *amicus curiae* “confere ao processo um colorido diferenciado”, dando-lhe um caráter aberto e pluralista para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito. Dessa forma, são imprescindíveis as considerações do Ministro:

“Na ADIn n. 2.690-RN (Relator Ministro Gilmar Mendes), o Relator, considerando a conversão da ação para o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/99, admitiu a participação do Distrito Federal, dos Estados de Goiás, de Pernambuco, do Rio de Janeiro, da Associação Brasileira de Loterias Estaduais (ABLE) e, ainda, determinou uma nova audiência da Procuradoria-Geral da República. Essa construção jurisprudencial sugere a adoção de um modelo procedimental que ofereça alternativas e condições para permitir, de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões. Essa nova realidade pressupõe, além de

26 Cf. SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Amicus Curiae, Direito e Ação Afirmativa*. Revista Jurídica. Brasília, vol. 07, n. 76, dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>. Acesso em: 27.03.2006.

27 Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 2.548. Relator Ministro Gilmar Mendes. Informativo (STF) n. 406. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02.02.2006.

amplo acesso e participação de sujeitos interessados no sistema de controle de constitucionalidade de normas, a possibilidade efetiva de o Tribunal Constitucional lançar mão de quaisquer das perspectivas disponíveis para a apreciação da legitimidade de um determinado ato questionado.”²⁸

O *amicus curiae* está implementando uma significativa modificação na jurisdição e no processo constitucional brasileiro, cuja consequência é o alargamento para participar e interpretar a Constituição nos processos de controle de constitucionalidade.²⁹

Com efeito, a introdução do “amigo da Corte” abriu espaço para novos “atores” do processo constitucional brasileiro³⁰, os quais requerem ingresso na discussão da constitucionalidade de atos normativos que ameacem ou violem os interesses e direitos coletivos dos grupos que representam ou os direitos difusos inerentes à sociedade, podendo, dessa forma, apresentar memoriais, pedidos de sustentação oral ou até mesmo requerer a oitiva de testemunhas e peritos.³¹

Todavia, não se visualiza o *amicus curiae* apenas como o responsável por prestar informações por meio de um memorial ou chamar a atenção da Corte para alguma matéria que lhe escape do processo de tomada de decisão.³² Encara-se o *amicus curiae* como uma garantia institucional em defesa do cidadão, o qual, por meio do acesso à justiça, busca iluminar o processo de construção da decisão com seus fundamentos constitucionais.

O *amicus curiae*, nesse contexto, passa a ser o canal da comunicação – entre o “ambiente” sociedade civil organizada (sociedade aberta de intérpretes) e o “sistema social” STF – e, ao mesmo tempo, a garantia institucional que os cidadãos possuem para levar seu ponto de vista ao processo de tomada de decisão da Corte Suprema.

28 Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Decisão monocrática na ADI n. 3.494, Relator Ministro Gilmar Mendes*, j. 22.02.2006. ADI, ADC, ADPF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 30.09.2006.

29 Cf. SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Amicus Curiae, Direito e Ação Afirmativa*. Revista Jurídica. Brasília, vol. 07, n. 76, dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>. Acesso em: 27.03.2006.

30 *Como as associações de magistrados, de advogados, de membros do Ministério Público, das entidades do movimento social, comunidades étnicas e raciais, comunidades e entidades religiosas, ONGs, Ministério Público e outros órgãos e entidades governamentais*.

31 Cf. SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Amicus Curiae, Direito e Ação Afirmativa*. Revista Jurídica. Brasília, vol. 07, n. 76, dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>. Acesso em: 27.03.2006.

32 Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. *As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, a. 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998, p. 162.

2.2 O AMICUS CURIAE COMO UMA GARANTIA INSTITUCIONAL

Os fundamentos constitucionais do *amicus curiae* podem ser observados em relevantes preceitos normativos da Constituição³³, como a cidadania (CF, art. 1º, II), o pluralismo político (CF, art. 1º, V), o exercício dos poderes constitucionais diretamente pelo povo (CF, art. 1º, parágrafo único), a livre manifestação do pensamento (CF, art. 5º, IV), o direito à livre convicção política e/ou filosófica (CF, art. 5º, VIII), ao acesso à informação (CF, 5ª, XIV), ao devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), e a representação da legitimidade ativa na propositura de ações constitucionais (CF, art. 1º, parágrafo único, c/c art. 103), todos com os sentidos concatenados por meio do princípio da Unidade da Constituição³⁴.

Nessa perspectiva, o fundamento magno e estrutural desse instituto processual está contido nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa, consubstanciado, segundo o professor Peter Häberle, no princípio da esperança, o qual consiste no dever de cada cidadão (o povo) tomar parte dos aspectos políticos decisórios que o circundam, a fim de possuir o *status activus processualis* para possibilitar, dentro desse contexto, a concretização da sociedade aberta de intérpretes da Constituição.³⁵

33 No contexto de um Estado Principiológico, cuja ênfase se observa na construção do sentido e delimitação da função das normas (ou preceitos) constitucionais (no que se refere à sua interpretação e à sua aplicação), Humberto Ávila assevera que “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”. O autor, segundo as lições de Ricardo Guastini, afirma que o dispositivo é o objeto da interpretação, enquanto a norma é o seu resultado. Nesse sentido, salienta uma importante distinção, assinalando a inexistência de correspondência entre dispositivo e norma. Assim, a atividade do intérprete não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos, mas em construir os sentidos de maneira que a qualificação normativa dependa de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto e nem lhe pertençam, mas que sejam construídas pelo intérprete, de acordo com a realização dos fins e a preservação dos valores estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, mais de um dispositivo pode construir uma norma, como é o caso do *amicus curiae*, em que vários dispositivos constitucionais, somados ao art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99, dão ensejo a esta garantia institucional (Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed., aumentada. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 15 e 22-26).

34 Este princípio visa integrar normas e princípios dialéticos da Constituição em um sistema coeso, cujo elo de ligação é a própria Constituição. Trata-se de método para fomentar a função do intérprete à luz dos dispositivos constitucionais. Como fonte originária, cf. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. Ele foi desenvolvido por CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1183-184. Para uma abordagem atual e mais combativa do assunto, cf. SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 277-279; e *Hermenêutica Constitucional e os Princípios Norteadores da Concretização das Normas Constitucionais*. Notícias do Direito Brasileiro. Brasília: UnB, n. 09, p. 155-175, 2002.

35 Cf. HÄBERLE, Peter. *Libertad, Igualdad, Fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madri: Minima Trotta, 1998. De maneira atual e combativa, cf. SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Interpretação constitucional no século XXI: o caminhar metodológico para o concretismo constitucional sob a influência de Peter Häberle*. *Direito*

O povo, para Peter Häberle³⁶, é concebido como uma “grandeza pluralística”, uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas (partidos, igrejas, associações, pessoas ou grupos formadores de opinião, vontades, correntes políticas) que atuam nos momentos do processo de tomada de decisão. Canotilho, ao mesmo tempo em que adota o conceito do professor Häberle, concebe o povo em um sentido político, como grupos de pessoas que agem segundo idéias, interesses e representações de natureza política.³⁷

Assim, o povo (em sentido político) não é apenas aquele definido por uma norma ou os participantes do sufrágio, tão pouco os membros da “maioria” do processo decisório. Para Canotilho, “povo real” é todo aquele que pertence à comunidade aberta de sujeitos constituintes³⁸, ou na visão de Peter Häberle, os membros da sociedade aberta de intérpretes da Constituição.³⁹

Nesse aspecto, o elemento democrático do Estado Constitucional se justifica pela necessidade de legitimar o exercício do poder político, na medida em que se considera a democracia como um valor (e não mais um processo), assegurando-se o direito à participação nos processos de tomada de decisão pela concretização, em procedimentos juridicamente regulados, do princípio da soberania popular.⁴⁰

A garantia dos direitos fundamentais exige a participação do povo no procedimento para a sua realização. Assim sendo, a organização e o procedimento, por um lado, e os direitos fundamentais de outro,

Público. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, a. 02., n. 08, p. 05-39, abr./jun. 2005.

36 Häberle conceitua povo em um contexto de um catálogo sistemático de intérpretes da esfera pública pluralista. Nesse sentido, cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 19-28; HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 94-97.

37 Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 75.

38 Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 76.

39 *Acerca do catálogo sistemático de intérpretes da esfera pública pluralista e do conceito de povo, cf. HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 19-28; HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 94-97.

40 Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 100.

desenvolvem uma espécie de eficácia recíproca, na medida em que os direitos fundamentais influenciam na organização e no procedimento, de forma a iluminá-los⁴¹, levando, inclusive, a transdisciplinaridade contida nos respectivos núcleos essenciais.

O procedimento torna a Constituição dinâmica, sendo o meio de comunicação entre cidadão-Estado (e vice-versa). A participação em procedimentos justos permite que o intérprete influencie qualitativamente no resultado das decisões, tornando-se um mecanismo de compensação e garantia dos cidadãos perante as tarefas estatais crescentes de conformação política e econômica.⁴²

O *amicus curiae* é um instituto que visa auxiliar a Corte no processo de tomada de decisão, sustentando (por meio de memoriais e exposições orais) determinada tese jurídica em defesa de interesses público e privados de terceiros (indiretamente afetados pelo desfecho da questão), protegendo, dessa forma, direitos de grupos identificados (direitos coletivos) ou direitos difusos inerentes a toda sociedade.⁴³

Com efeito, Luiz Fernando Martins da Silva acentua a importância dos *amici curiae* para a proteção dos direitos fundamentais, no que diz respeito a atos normativos que ameacem o núcleo essencial de direitos humanos fundamentais de caráter civil, político, econômico, social ou cultural⁴⁴, positivados (ou não) nas Constituições e em instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.⁴⁵

41 Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 599 e 653.

42 Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1036.

43 Cf. SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Amicus Curiae, Direito e Ação Afirmativa*. *Revista Jurídica*. Brasília, vol. 07, n. 76, dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>. Acesso em: 27.03.2006.

44 *Como a proteção da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), do direito à vida e da igualdade (CF, art. 5º, caput), do direito ao trabalho (CF, art. 5º, XIII c/c art. 6º), do direito à terra (CF, art. 5º, XXII, XXIII c/c art. 184), do direito a um meio ambiente equilibrado (CF, art. 225), do combate à discriminação racial e ao racismo (CF, art. 5º, XLI e XLII), do direito à liberdade de religião e de culto (CF, art. 5º, VI), da liberdade de imprensa (CF, art. 5º, IX e XIV) e da garantia de prerrogativas funcionais e institucionais, dentre outras (Cf. SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Amicus Curiae, Direito e Ação Afirmativa*. *Revista Jurídica*. Brasília, vol. 07, n. 76, dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>. Acesso em: 27.03.2006).*

45 Cf. SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Amicus Curiae, Direito e Ação Afirmativa*. *Revista Jurídica*. Brasília, vol. 07, n. 76, dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>. Acesso em: 27.03.2006.

O *amicus curiae*, dentro desse contexto, pode ser considerado uma garantia institucional em defesa dos interesses da sociedade aberta e plural de intérpretes. Como nos ensina Paulo Bonavides, garantia remete à idéia de segurança, existindo sempre em face de um interesse que demanda proteção e de um perigo a ser combatido. No sentido axiológico, político e jurídico, conecta-se aos valores da liberdade e da pessoa humana como instrumento de sua proteção, girando (desde sua concepção) em torno desses dois pólos e, no século XX, contornando o centro gravitacional de um terceiro pólo: a instituição.⁴⁶

Canotilho, por sua vez, confere alcance substancialmente subjetivo às garantias, pois estas “reconduzem-se ao direito de os cidadãos exigirem dos poderes públicos a proteção de seus direitos e o reconhecimento e consagração dos meios processuais adequados a essa finalidade”.⁴⁷

Nesse sentido, a garantia se apresenta como um escudo frente aos desvios de poder do Estado, cuja concretização se tornou tão importante quanto os direitos contidos e enunciados pela Constituição. Portanto, a garantia constitucional é a mais alta das garantias de um ordenamento jurídico, em função de sua superioridade, utilizando-a para estabelecer o respeito às normas que protege, ganhando amplitude e valor instrumental de meio defensivo, vinculado a uma prestação do Estado.⁴⁸

Com o surgimento do Estado social e a ampliação das formas funcionais institucionalizadas, Carl Schmitt foi um dos precursores do estudo dessas garantias, chamando-as de garantias institucionais. Seu conceito converte-se em uma das colunas do Estado social, deslocando o eixo do poder na vida do Estado, trazendo a hegemonia da sociedade para o núcleo das instituições.⁴⁹

Com efeito, a garantia institucional tem sido analisada como um instituto de direito público, não podendo deixar de ser a proteção conferida pela Constituição a algumas instituições, bem como a determinados direitos fundamentais providos de conteúdo institucional, cuja importância é reconhecida pela sociedade.⁵⁰

46 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 525-526.

47 Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 970.

48 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 532-534.

49 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 534-535.

50 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 537.

Por essa razão, Paulo Bonavides alarga o conceito de garantia constitucional para conjugar o conteúdo das garantias institucionais, como se observa:

“(...) a garantia constitucional é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado”.⁵¹

Carl Schmitt assevera que a garantia institucional possui o sentido de ministrar uma proteção especial a determinadas instituições, caracterizando-se como uma proteção qualificada. Seu círculo de atuação foi dilatado pelo constitucionalismo de Weimar em uma dissolução sociológica, variando-se a garantia segundo o valor da instituição.⁵²

As garantias institucionais se tornam efetivas mediante pressões sociais das potências públicas pluralistas, visando-se assegurar a permanência da instituição, a fim de evitar o perecimento do conteúdo protegido.⁵³

Nesse sentido, a participação do *amicus curiae* no processo constitucional – como uma garantia institucional – deve ser iluminada pelos fundamentos das teorias dos direitos fundamentais que o instituto visa proteger.

A fim de se explicar os vários aspectos inerentes aos direitos e garantias fundamentais, alguns autores⁵⁴ criaram tipologias de teorias que explicam a caracterização desses direitos e garantias.

Nesse sentido, uma diferenciação inicial que se pode fazer entre as teorias materiais (de Böckenförde) e as interpretativas (de Alexy) é que as primeiras visam atribuir um sentido, um conteúdo, dar uma explicação determinada aos direitos fundamentais, ao passo que as segundas trabalham com o caráter geral, com as concepções sobre a finalidade e a estrutura dos direitos fundamentais.⁵⁵

51 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 537.

52 *Apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 540-541.

53 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 542. No mesmo sentido: HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. Ciudad del Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2001. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 28.07.2006.

54 Cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1998; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; e BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Teoría e interpretación de los derechos fundamentales*. In: *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Inacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges, p. 44-71, 1993.

55 Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid:

Com efeito, para a teoria axiológica dos direitos fundamentais (teoria da integração de Rudolf Smend), o Estado constitui um permanente processo de integração de uma comunidade de valores, colocando os direitos fundamentais como um sistema de valores fundamentais da comunidade, em que a constitucionalização expressa uma decisão axiológica da comunidade.⁵⁶

Por sua vez, a teoria democrático-funcional diz respeito à função pública e política dos direitos fundamentais, de maneira que a funcionalização das liberdades não as transforma apenas em direitos, mas também em um serviço público, propiciando aos direitos fundamentais um alcance de seu sentido e significado como fatores constitutivos de um livre processo de produção democrática de formação da vontade política.⁵⁷

Nessa perspectiva, como caracterizar o *amicus curiae* como uma garantia institucional a serviço de seus representantes (a comunidade), como defensor dos cidadãos em um plano abstrato?⁵⁸

Robert Alexy assevera que uma teoria apenas não é suficiente para explicar a natureza dos direitos fundamentais, sendo necessário (dependendo do caso) apresentar uma teoria combinada, porque a insuficiência das teorias unipontuais é revelada na hipótese de colisão de direitos fundamentais, em razão de cada teoria tentar solucionar a colisão preponderando para o conteúdo do núcleo essencial mais próximo de seu fundamento, estando-se próximo de um “efeito hierarquizante”.⁵⁹

Centro de Estudos Constitucionales, 1997, p. 36.

56 Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. In: Escritos sobre derechos fundamentales. Trad. Inacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges, p. 44-71, 1993, p. 57.*

57 Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. In: Escritos sobre derechos fundamentales. Trad. Inacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges, p. 44-71, 1993, p. 60-61.*

58 *Dentro desse questionamento, inserem-se outras perguntas importantes para essa pesquisa sobre o amigo da Corte: (a) A função dos direitos fundamentais de promoção da igualdade material (proteção de uma minoria parlamentar, por exemplo, em uma edição de um ato normativo, ou na discussão de uma ADI) e a função de assegurar o pluralismo e a tolerância se aplicam ao amicus curiae? (b) A solidariedade ou a fraternidade (fundamento da 3ª dimensão dos direitos fundamentais) que impõe ao papel do Poder Judiciário novas conformações na sociedade (em razão de suas decisões terem reflexos não mais no indivíduo, mas a cada dia em toda a coletividade) implica no direito da sociedade em participar da construção da decisão (dependendo da hipótese como amicus curiae)? (c) É direito fundamental do intérprete em, tendo os requisitos legais (Lei n. 9.868/99, art. 7º, § 2º), poder contribuir para a construção da decisão da Corte no âmbito do Estado Constitucional?*

59 Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1997, p. 37-38.*

Assim, o próprio Alexy confere à teoria combinada uma terminologia mais adequada, chamando essa necessidade de se compreender os direitos fundamentais como uma teoria integracionista, em virtude da importância de se tomar em conta uma pluralidade de pontos de vista, a fim de se controlar uma colisão de direitos (colisão “jurídica”) e de teorias (colisão “metajurídica”), preservando-se a unidade da Constituição.⁶⁰

Dentro desse contexto de fundamentos constitucionais e estruturantes, tem-se na idéia de *amicus curiae* um direito fundamental do intérprete em contribuir (possuindo os requisitos legais) para a construção da decisão da Corte no âmbito do processo constitucional, a fim de levar ao Judiciário lesão ou ameaça a direitos (CF, art. 5º, XXXV) da categoria de cidadãos que representa.

Nesse sentido, iluminado por uma perspectiva objetiva-institucional⁶¹, o amigo da Corte constitui-se como um valor⁶² de uma sociedade aberta de intérpretes, levando o Poder Judiciário a também se inserir na perspectiva institucional da dimensão difusa dos direitos fundamentais, pois em razão do reflexo de suas decisões na coletividade, esta reivindica o direito de participar do processo de tomada de decisão.

Assim, no contexto dos direitos fundamentais ligados à idéia de democracia, verifica-se a possibilidade de eles serem (ao mesmo tempo) pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo (CF, art. 4º, III), por intermédio de cada cidadão, mediante o reconhecimento de um espaço de liberdade real, outorgando-se o direito à participação na conformação da comunidade e do processo político, no sentido de que a garantia de exercício desses direitos políticos é considerada o fundamento funcional da ordem democrática e, conseqüentemente, parâmetro de sua legitimidade.⁶³

60 Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 38.

61 *Acerca dos direitos fundamentais sob a perspectiva institucional*, cf. HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Trad. Jürgen Saligmann, César Landa, Carlos Ramos e Antonio Luya. San Miguel, Peru: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997 e LUHMANN, Niklas. *I diritti fondamentali come istituzione*. Trad. Stefano Magnolo e Rev. Luigi Pannarale. Bari, Itália: Edizioni Dedalo, 2002.

62 *No aspecto filosófico, a reflexão sobre valores tem problemas de difícil solução. Um deles diz respeito à fundamentação, a qual se baseia no consenso. Seria dada pela medida de aceitação dos valores, sujeita à mutação da concepção de natureza humana ao longo das eras. Outro aspecto se relaciona à pluralidade de valores, pois se questiona quais valores valem ou não, ou quais valem mais ou menos para determinada comunidade. Nesse sentido, a pluralidade de valores decorre da pluralidade de orientações filosóficas, políticas e ideológicas, característica marcante da pós-modernidade* (Cf. STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 115-116).

63 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 70-71.

Nesse aspecto, nos ensina Paulo Gustavo Medeiros Carvalho:

“Para o desenvolvimento da democracia e da cidadania plena são necessárias políticas públicas com o objetivo de garantir o acesso à justiça, não apenas no seu aspecto formal, mas também garantir a efetividade de um processo justo e adequado, uma vez que assim, haverá uma igualdade de condições dos indivíduos pertencentes à comunidade.”⁶⁴

Logo, a liberdade de participação política do cidadão, como possibilidade de intervenção no processo de tomada de decisão, exercendo efetivamente atribuições inerentes à soberania (CF, art. 1º, I), constitui complemento das demais liberdades, uma vez que é função decisiva dos direitos fundamentais garantir o poder de voz dos atores sociais, salientando-se, portanto, a importância da liberdade de participação e a garantia da liberdade de autonomia.⁶⁵

3 ATUAÇÃO DO *AMICUS CURIAE* NOS PROCESSOS DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

A fiscalização judicial da Constituição constitui um dos mais relevantes meios de controle acerca da observância e do cumprimento das normas constitucionais. A fiscalização da constitucionalidade é uma garantia de observância da Constituição, uma vez que assegura a dinamização de sua força normativa, e ao mesmo tempo é uma garantia preventiva por evitar a existência de atos normativos violadores das normas constitucionais.⁶⁶

O controle normativo abstrato implica em uma competência especialmente ampla das Cortes Constitucionais, não entrando de maneira direta no processo político, pois depende sempre das particularidades do Estado Constitucional, caso se queira permitir uma competência tão política. Com efeito, ressalta Häberle que uma democracia jovem deveria proceder com muita cautela na concessão de competências abstratas ao Tribunal Constitucional, porque poderia por em risco a própria autoridade dessa Corte.⁶⁷

⁶⁴ Cf. CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. *O instituto do amicus curiae como política pública de acesso à justiça. Texto enviado por meio eletrônico [paulo@unb.br], recebido por [andre.gontijo@gmail.com] em 25.03.2006.*

⁶⁵ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 71.

⁶⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 971.

⁶⁷ Cf. HÄBERLE, Peter. *El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma*. Trad. Joaquín Brage Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*,

Os Tribunais (em especial os constitucionais) estão vinculados à tarefa de defesa dos direitos e interesses constitucionalmente protegidos dos cidadãos, por meio do processo – aplicado no exercício da função jurisdicional – ou mediante a determinação e direção das decisões pelos direitos fundamentais materiais.⁶⁸

Nesse sentido, a participação do cidadão entra em cena, em especial com o “amigo da Corte”, a fim de conferir pluralidade e legitimidade nos argumentos postos no contexto do processo de tomada de decisão.

Observa-se a evolução do papel do *amicus curiae* na sua atuação perante o STF, o qual começou como um “colaborador informal”, com um memorial juntado por linha (ADI n. 748-AgReg); avançou no reconhecimento como *amicus* e de seu papel como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte (enquanto Tribunal Constitucional) demonstrando as razões que tornam desejável e útil a sua atuação na causa por meio de manifestação escrita (ADI n. 2.130); modificou o entendimento do STF, no sentido de proceder a uma leitura sistemática do art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99, alterando o marco temporal para o ingresso na qualidade de *amicus*, em prol de uma perspectiva pluralista do controle abstrato das normas (da ADI n. 2.238 para a ADI n. 1.104); outra modificação de entendimento, passando a poder sustentar oralmente (da ADI n. 2.321 para a ADI n. 2.777), em razão da finalidade da norma em democratizar o processo de controle concentrado de constitucionalidade, além de poder suscitar, perante o relator, a adoção de providências instrutórias (Lei n. 9.868/99, art. 9º, §§ 1º, 2º, e 3º).⁶⁹

Cumpram ainda ressaltar a legitimidade do *amicus curiae* na esfera recursal (CF, art. 5º, XXXV e LV, c/c CPC, art. 499), no caso de sua não admissão no feito ou de manifestar sua insurgência contra decisões que não acolherem seus argumentos, podendo propor também agravo regimental contra decisões interlocutórias do relator, embargos de declaração contra acórdãos e cautelares de mérito, ou até mesmo Recurso Extraordinário (RE) das decisões que declarem a (in)constitucionalidade no controle abstrato no âmbito estadual (CF, art. 102, III c/c CPC, art. 512).⁷⁰

Madrid, n. 09, p. 113-139, 2005, p. 136.

68 Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 598.

69 Cf. BINENBOJM, Gustavo. *A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual*. *Direito Federal: revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, v. 22, n. 78, p. 141-166, out./dez. 2004.

70 Cf. BINENBOJM, Gustavo. *A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro*:

Além de abertura procedimental concedida pela Corte e seu papel em pluralizar o debate constitucional, a fim de conferir legitimidade democrática às decisões do STF, chega o momento em que todos aqueles aptos a ingressar e contribuir na qualidade de *amicus curiae* devem se preparar para o desempenho de uma nova função.

Em razão da evolução do controle de constitucionalidade no âmbito do STF, no que diz respeito à mudança de enfoque na análise das controvérsias constitucionais, o “amigo da Corte” deve se adaptar à modificação paradigmática do conteúdo do núcleo do processo. Antes, se discutia se o núcleo do processo gravitava em torno da lide (doutrina de Carnelutti), ou se estava na atuação da vontade concreta da lei (teoria de Chiovenda). Agora, em pleno momento pós-moderno, é necessário verificar a concepção contemporânea de jurisdição, que se define pelo dever de concretizar os valores da Constituição, cuja decisão parte dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais⁷¹, em razão do núcleo do processo (iluminado pela teoria possibilista⁷²) conter a dignidade da pessoa humana e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais como valores norteadores.

Nessa perspectiva, a ação procedimental do *amicus curiae* não pode ser mais a mesma. Os aptos a atuarem como “amigos da Corte” devem ter consciência desse novo papel, a fim de modificarem a forma de atuação, para não se tornarem “*inimicus curiae*”⁷³.

Na apresentação de memoriais, na sustentação oral, no requerimento de diligências, em todas as suas ações, o *amicus* deve ter em mente que exerce o papel de uma garantia institucional em defesa do cidadão e das potências públicas e pluralistas da sociedade, cujo conteúdo de suas ações deve mostrar à Corte o pluralismo e a necessidade de compreensão dos

requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. Direito Federal: revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil, v. 22, n. 78, p. 141-166, out./dez. 2004.

71 Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional. Jus Navigandi*, Teresina, a. 09, n. 635, 04.04.2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6550>>. Acesso em: 24.05.2005.

72 Cf. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoria constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002.

73 *Tal expressão foi proferida pela Ministra Ellen Gracie, na ADI n. 3.685, em que os Ministros se depararam com um memorial de amicus curiae contendo 100 páginas. Na discussão acerca do tema, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou a necessidade de “profissionalização do amicus curiae”, a fim de que advogados e consultores se especializem nos procedimentos referentes ao ingresso no processo na qualidade de amicus. A própria Suprema Corte dos EUA já passou por situações até piores, em que uma das alternativas foi criar regras específicas de atuação do amicus, conforme o teor da Regra n. 37 de seu regimento interno.*

casos em debate, visando contribuir para o balanceamento dos direitos fundamentais diante do controle de constitucionalidade da questão discutida.

Nesse contexto, o amigo da Corte também possui a função de estabelecer uma legitimação social por representar interesses gerais de uma comunidade ou expressar valores essenciais e relevantes de determinado grupo, cuja finalidade consiste no aprimoramento do processo de tomada de decisão do Poder Judiciário, permitindo que novos sujeitos entrem no contexto fechado do processo, com o intuito de debater teses jurídicas que repercutirão em toda a sociedade.⁷⁴

Com efeito, a admissão de *amicus curiae* garante a possibilidade de que o procedimento de instrução das ações constitucionais seja subsidiado por novos argumentos e diferentes alternativas de interpretação da Constituição, emprestando ao processo um caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais em um Estado Constitucional e Democrático de Direito.⁷⁵

Assim sendo, a construção jurisprudencial sugere a adoção de um modelo procedimental que ofereça alternativas e condições para permitir, de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões, pressupondo-se – além do amplo acesso e participação de sujeitos interessados no sistema de controle de constitucionalidade de normas – a possibilidade efetiva da Corte Constitucional apreciar a legitimidade de um determinado ato questionado.⁷⁶

Dentro desse contexto, o reconhecimento do instituto do *amicus curiae* abriu espaço para que grupos sociais participem das decisões do STF que possam a vir afetar seus interesses, pois o Pretório Excelso também se beneficia do conhecimento daqueles que vivenciam a realidade constitucional e que sofrem a incidência do objeto de controle.⁷⁷ Nesse aspecto, Gustavo Binenbojm acentua que:

74 Cf. CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. *O instituto do amicus curiae como política pública de acesso à justiça. Texto enviado por meio eletrônico [paulo@unb.br], recebido por [andre.gontijo@gmail.com] em 25.03.2006*; AGUIAR, Antonio Carlos. *As centrais sindicais amicus curiae*. *Revista LTr: legislação do trabalho*, v. 68, n. 62, p. 155-164, fev. 2004, p. 160; MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae: um instituto democrático*. *Revista de Informação Legislativa*, v. 38, n. 153, p. 07-10, jan./mar. 2002, p. 07.

75 Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Plenário*. ADI n. 2.548. *Relator Ministro Gilmar Mendes*. *Informativo (STF) n. 406*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02.02.2006.

76 Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Plenário*. ADI n. 2.548. *Relator Ministro Gilmar Mendes*. *Informativo (STF) n. 406*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02.02.2006.

77 Cf. SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Amicus Curiae, Direito e Ação Afirmativa*. *Revista Jurídica*. Brasília, vol. 07, n. 76, dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>. Acesso em: 27.03.2006.

“Ao menos em termos ideais, o cidadão é elevado de sua condição de destinatário das normas jurídicas para atuar simultaneamente como intérprete da Constituição e das leis, com direito a ter sua opinião ouvida e devidamente considerada pelo Tribunal Constitucional.”⁷⁸

Nessa perspectiva, a adoção pelos Tribunais de um modelo procedimental que permita a verificação de fatos e prognoses legislativos⁷⁹ pressupõe não só o subsídio de elementos técnicos para se averiguar a legitimidade do ato questionado, mas também concede um amplo direito de participação por parte de terceiros (des)interessados, desmitificando-se a concepção de que a questão constitucional configura apenas uma “questão jurídica” de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição, pois atualmente não há como negar que o processo de conhecimento envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos, constituindo condição da própria interpretação constitucional.⁸⁰

A fórmula procedimental de intervenção do *amicus curiae* no processo constitucional constitui um excelente instrumento de informação para o Supremo Tribunal Federal, na medida em que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração de extrema relevância ao Estado Constitucional brasileiro.⁸¹

Em consonância com esse modelo, o professor Peter Häberle assevera sobre a necessidade de se ampliar os instrumentos de informação dos juízes constitucionais, principalmente no que diz respeito às audiências públicas e às intervenções de eventuais interessados, assegurando-se, nessa perspectiva, novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição⁸², permitindo, inclusive, o ingresso de elementos transdisciplinares para o aperfeiçoamento das questões constitucionais.

78 Cf. BINENBOJM, Gustavo. *A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual*. *Direito Federal: revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, v. 22, n. 78, p. 141-166, out./dez. 2004, p. 153.

79 Sobre o tema, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.

80 Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 2.548. Relator Ministro Gilmar Mendes. Informativo (STF) n. 406. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02.02.2006.

81 Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 2.548. Relator Ministro Gilmar Mendes. Informativo (STF) n. 406. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02.02.2006.

82 Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 47-48)

Assim, com o acesso a essa pluralidade de contribuições à interpretação constitucional em permanente diálogo, a Corte Constitucional passa a contar com os subsídios técnicos, as implicações político-jurídicas e os elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos intérpretes, contribuindo para a qualidade da prestação jurisdicional e garantindo novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal no contexto de sua função primordial de guardião da Constituição.

4 O AMICUS CURIAE COMO INSTRUMENTO DA TRANSDICIPLINARIEDADE: SEU PAPEL EM UMA VISÃO CONCRETISTA ABERTA

Um dos papéis do *amicus curiae* consiste na ampliação do círculo de intérpretes que, na visão de Häberle, seria apenas uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação, gerando diversos efeitos para o Estado Constitucional, como (a) a ampliação e o aperfeiçoamento dos instrumentos de informação dos juízes constitucionais e (b) as formas gradativas de participação, como a interpretação no processo constitucional, por meio de intervenções e audiências. Assim, observa-se um refinamento no âmbito do Estado Constitucional, à medida que se estabelece uma comunicação efetiva entre os cidadãos, conferindo-se o direito de participação democrática.⁸³

Assim sendo, observa-se uma movimentação na Suprema Corte brasileira, no sentido de permitir a participação de outros intérpretes nos processos de relevância para a sociedade, definidores de comportamentos de ordem abstrata e concreta, não apenas do *amicus curiae*, mas também de peritos e da solicitação de informações aos outros Tribunais acerca da aplicação da norma no âmbito de cada jurisdição.⁸⁴

83 Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 10, 46-48. Nesse sentido, Peter Häberle confere grande importância à interpretação, pois interpretar um ato normativo é colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública. Assim sendo, a norma não pode ser considerada uma decisão prévia, simples e acabada, o que leva à indagação acerca da relevância dos participantes no seu desenvolvimento funcional sobre as forças ativas do law in public action (Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 10).

84 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Como destacado anteriormente, a movimentação da Corte em torno das audiências públicas realizadas em torno de processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade, como, recentemente, a ADPF 101.

Dessa forma, demonstra-se a existência de um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, saindo de uma sociedade fechada, de juizes e procedimentos formalizados, para os agentes que vivenciam a realidade constitucional, voltados para métodos de interpretação que atendam ao interesse público e ao bem-estar coletivo.⁸⁵

Como expressa Canotilho, pode-se considerar que a colaboração ativa dos cidadãos – em alguns procedimentos – é um fator de legitimação e democratização, pois assegura a participação dos cidadãos nas tarefas constitucionais, além de evitar as formas autoritárias de poder, por meio da adesão e do consenso do interesse.⁸⁶

Cabe ao STF, portanto, olhar com bons olhos o instrumento legitimador de suas decisões, adotando determinado procedimento pluralista e organizado, a fim de permitir o aproveitamento efetivo das contribuições que o *amicus curiae* tem a oferecer no processo de fiscalização de (in) constitucionalidade dos atos normativos.

Logo, o *amicus curiae* possui o papel de conferir uma democratização da interpretação constitucional, na medida em que cidadãos, grupos, órgãos estatais, sistema público e mídia orientam de forma consciente a compreensão e a exteriorização de um sentido de uma norma, porque é impensável uma interpretação da Constituição sem esses atores ativos, pois aquele que vive no contexto regulado por uma norma é, ao mesmo tempo, elemento resultante e formador da sociedade aberta, sendo um intérprete dessa norma, muito mais ativo do que se supõe no processo hermenêutico, em virtude de os critérios de interpretação constitucional serem mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.⁸⁷

Niklas Luhmann aponta que uma “abertura para o futuro” foi concedida a partir da instituição das constituições, uma vez que se cuida de uma forma do Direito se legitimar, passando a prever as condições de sua própria modificabilidade, mediante regras de procedimentalidade.⁸⁸

85 Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 11-12.

86 Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 935.

87 Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13-18.

88 Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 30-31.

Com efeito, o constitucionalismo atual vislumbra uma concepção (visão) pós-moderna, no sentido de ser: (a) complexa (em razão de abarcar diversos pontos de vista, em meio a elementos transdisciplinares); (b) dinâmica (por ser um movimento circular e constituir um raciocínio dialético, em que os ideais de Constituição dos EUA e da Revolução Francesa movimentam o constitucionalismo e o constitucionalismo os movimentam, de maneira a serem interdependentes, uma vez que o processo de construção do seu próprio conhecimento é organizado e reorganizado constantemente) e (c) caótica (cuja abertura sistêmica impossibilita um total controle sobre variáveis e resultados).

A consequência mais essencial do movimento constitucionalista se apresenta como essa nova visão do Estado de Direito, cuja interdependência em sua gênese faz com que as relações de poder e as relações sociais estejam conectadas às regras de Direito, tornando a Constituição a regra máxima do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

O controle de constitucionalidade, nesse contexto, aparece como o instrumento procedimental que garante a Supremacia da Constituição e as ideologias transdisciplinares a ela subjacentes. Ademais, a auto-limitação das Funções de Poder, atuando sem a concentração, com independência e harmonia (interdependência), e a proteção de direitos fundamentais complementam o núcleo principiológico do Estado Constitucional e Democrático de Direito, em que, imbuído em uma visão republicana, cada agente (público e político) tem a sua responsabilidade, assim como o cidadão possui sua responsabilidade pessoal, individual e coletiva, de acordo com seus papéis sociais, no exercício do pluralismo.

Nesse sentido, Willis Santiago Guerra Filho assevera que a Constituição se revela como a grande responsável pelo diálogo entre os sistemas jurídico e político, “jurisdicizando relações políticas e mediatizando juridicamente interferências da Política no Direito, ao condicionar transformações nas estruturas de poder a procedimentos de mutação previstos constitucionalmente”.⁸⁹

Jürgen Habermas, por sua vez, também atribui um papel central aos procedimentos de realização do Direito com o exame da legitimação via legalidade, mostrando que os campos da Moral, do Direito e da Política se (re)articulam na atualidade (sem perderem sua autonomia), trazendo a mudança da consciência moral a necessidade da diferenciação entre normas, princípios justificadores e procedimentos, a fim de examinar a

⁸⁹ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 71.

adequação das primeiras aos últimos. Assim, a legitimidade do Direito e a sua procedimentalização estão intimamente relacionadas, em razão dos valores legitimadores do Direito se encontrarem nos procedimentos, que fundamentam alguns de seus conteúdos.⁹⁰

O Estado Constitucional e Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*) reclama uma visão do texto constitucional como uma “obra aberta”, cujo sentido é construído e reconstruído pelos intérpretes, uma vez que esse modelo de Estado almeja conciliar valores de conteúdos opostos, tanto do ponto de vista abstrato, como na concretização desses valores no seio social, de modo que seja necessário constituir a “sociedade aberta de intérpretes da Constituição” (proposta por Peter Häberle), a fim de se estabelecer um amplo debate entre as diversas concepções transdisciplinares (mesmo opostas), sempre respeitando e preservando os valores em conflito, resguardando o conteúdo mínimo de cada um e o respeito pela dignidade humana.⁹¹

Dentro desse contexto, Paulo Gustavo Medeiros Carvalho afirma que a participação do cidadão (no que diz respeito ao acesso à justiça) pode ser efetivada com diversas políticas públicas, como: (a) a implementação e estruturação de defensorias públicas (CF, art. 134); (b) alteração do sistema processual, a fim de reduzir o rigor no acesso ao Poder Judiciário e (c) por institutos jurídicos que, ao introduzirem os elementos transdisciplinares no processo, possibilitem uma relação mais próxima entre o Poder Judiciário e o cidadão.⁹²

Houve sempre posicionamentos na doutrina constitucional e nos julgados do STF de que o processo constitucional seria “objetivo”, não havendo uma “lide” discutindo direitos subjetivos concretos. Luiz Fernando Martins da Silva⁹³ já não enxerga a ADI como um processo asséptico, formal e sem interesses concretos em jogo. Pelo contrário, concorda

90 Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 31-32.

91 Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 32-33; HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 28 (Estudo Preliminar).

92 Cf. CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. *O instituto do amicus curiae como política pública de acesso à justiça*. Texto enviado por meio eletrônico [paulo@unb.br], recebido por [andre.gontijo@gmail.com] em 25.03.2006.

93 Cf. SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Amicus Curiae, Direito e Ação Afirmativa*. Revista Jurídica. Brasília, vol. 07, n. 76, dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>. Acesso em: 27.03.2006.

com o posicionamento de Gustavo Binenbojm⁹⁴, no sentido de que “nele confluem os maiores conflitos políticos, sociais e econômicos da nação, compondo um quadro representativo de fatores reais de poder”.

Dessa forma, os integrantes da sociedade aberta, formadores das potências públicas e pluralistas de Peter Häberle⁹⁵, como a mídia, as entidades de classe e as associações, as entidades religiosas e o próprio cidadão devem reconhecer no instituto do *amicus curiae* a garantia institucional de acesso legítimo para a participação no debate constitucional em que é discutido os elementos transdisciplinares do conteúdo essencial de seus direitos fundamentais.

A jurisprudência deve reforçar as opiniões de liberdade e da mídia de tal modo que possam seguir cumprindo suas funções na democracia. As disposições de organização dos direitos fundamentais confluem no sentido de construir um plano democrático submetido a certas tensões como garantia de abertura da própria Constituição, devendo a opinião pública sempre colaborar de forma positiva, contribuindo a legitimar o processo da formação das vontades públicas, as quais podem cair dentro do âmbito de configuração da vontade política.⁹⁶

Nessa perspectiva, o Estado Constitucional se concebe como um modelo, cuja estrutura se configura dentro de um marco em que todas as possíveis variantes aparecem, ostentando uma estrutura aberta tanto para o interior como para o exterior, garantindo-se por meio de vários elementos, como uma democracia pluralista.⁹⁷

Assim, o modelo de Estado Constitucional próprio da sociedade aberta possui um poder social cada vez maior, o qual influencia de maneira direta os institutos e as garantias responsáveis por pluralizar o debate no âmbito institucional.

94 Cf. BINENBOJM, Gustavo. *A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual*. *Direito Federal: revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, v. 22, n. 78, p. 141-166, out./dez. 2004, p. 157.

95 Cf. HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. Ciudad del Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2001. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 28.07.2006.

96 Cf. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 154-157.

97 Cf. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 256-257.

Dessa forma, os agentes que movimentam procedimentalmente o *amicus curiae* se encontram, nesse contexto de alargamento do poder social e de evolução das instituições democráticas, em especial no processo constitucional de fiscalização abstrata, inseridos na própria sociedade aberta que deve impedir a utilização, por grupos de interesses privados, da garantia institucional do *amicus curiae* para atingir seus propósitos corporativos em detrimento da função pública e plural dessa garantia institucional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viver a Constituição nos dias atuais representa captar todo o processo complexo que envolve a sociedade. Participar politicamente de forma democrática pressupõe presumir que o cidadão possua capacidade para refletir sobre questões de interesse da comunidade a qual pertence.⁹⁸

O Estado Constitucional, nesse sentido, está se conformando consoante às exigências impostas pela realidade, propiciando a abertura procedimental ao poder social de entidades e cidadãos, permitindo o acesso deles no processo de tomada de decisão.

Com efeito, nessa reflexão pôde-se notar a organização de grupos de interesse em participar ativamente do processo de tomada de decisão, em que a opinião pública, representada muitas vezes pela mídia, acompanhava de perto o comportamento dos juízes. Tal conjectura deve ser analisada e acompanhada no modelo brasileiro, a fim de se verificar o grau de proximidade e até mesmo a efetividade dessa influência no âmbito do Estado Constitucional brasileiro.

Mesmo que nessas leis se encontrem a maior e a mais importante abertura do processo de controle abstrato de constitucionalidade, cumpre ressaltar a importância de técnicas de decisões adequadas, a fim de que o STF – ao ser alertado sobre as consequências de suas decisões – adote uma jurisprudência com fundamento no interesse social, para concretizar o caminho da sociedade aberta de intérpretes da Constituição.⁹⁹

98 Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 21.

99 Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. *As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro*. *Revista de Informação Legislativa*, a. 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998, p. 163-164; SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Lei n. 9.868/99: uma proposta hermenêutica democraticamente adequada*. *Estudos de Direito Público: homenagem aos 25 anos do mestrado em Direito da UnB*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 89.

Assim sendo, no contexto dessa pesquisa, a garantia institucional do *amicus curiae* atua como um canal de comunicação entre o sistema social (configurado como o Supremo Tribunal Federal) e o mundo circundante ou ambiente (a sociedade), auxiliando a Corte na resolução das complexidades, dentro dos parâmetros do possível, do real e do necessário.

Não obstante a efetividade das Leis n.(s) 9.868/99 e 9.882/99 estar sendo alcançada de maneira progressiva, o que se observa é um avanço para o Estado Constitucional brasileiro, no sentido de se possibilitar a abertura dos julgamentos do controle abstrato a elementos externos e transdisciplinares que podem contribuir para a análise adequada da verificação de (in)constitucionalidade dos atos normativos, como o pedido de informações aos órgãos que emanaram o ato normativo (Lei n. 9.868/99, art. 6º), as informações adicionais, a solicitação de peritos, a fixação de audiências públicas ou a consulta aos demais tribunais sobre a aplicação do ato normativo no âmbito da respectiva jurisdição (Lei n. 9.868/99, art. 9º, §§ 1º, 2º, 3º)¹⁰⁰.

Nesse sentido, inúmeros exemplos de nível procedimental podem expressar as conseqüências do caráter público processual da interpretação constitucional.¹⁰¹ Destaca-se, sobretudo no Brasil, o papel do STF nessa função, na medida em que promove a abertura de cunho plural a intérpretes para a construção de sua jurisprudência constitucional, conforme as hipóteses previstas nas Leis n.(s) 9.868/99 e 9.882/99.¹⁰²

100 Nesse aspecto, importante destacar a atitude do Supremo Tribunal Federal em convocar audiências públicas para a contribuição da sociedade civil no processo de tomada de decisão. Até agora, foram realizadas audiências públicas no caso da ADI 3510 (que versa sobre a lei de biossegurança), na ADPF 101 (que envolve a questão dos pneumáticos usados) e na ADPF 54 (que cuida da antecipação terapêutica dos fetos anencefálicos).

101 Cf. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 97.

102 A esse respeito, há uma expectativa para a continuação do julgamento da ADPF n. 54. Trata-se de discussão acerca da possibilidade de se efetuar a “antecipação terapêutica do parto” de fetos com má formação ou ausência de cérebro (anencefálos). Além da contribuição de peritos sobre a questão técnica e conceitual acerca de quando se inicia a vida humana, figuram como *amici curiae* a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família – PRÓ-VIDA-FAMÍLIA, a Associação UNIVIDA, a Associação de Desenvolvimento da Família – ADEF, a Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos – ADVOCACI, a Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos – CDH, a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, a Sociedade Brasileira de Genética Clínica, a Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, o Conselho Federal de Medicina – CFM, a Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, a Escola de Gente, a Igreja Universal, o Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero (cf. CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. *O instituto do amicus curiae como política pública de acesso à justiça*. Texto enviado por meio eletrônico [paulo@unb.br], recebido por [andre.gontijo@gmail.com] em 25.03.2006). Cada uma das entidades contribuiu para a interpretação constitucional segundo os interesses das categorias que representam. Assim, as entidades religiosas ressaltam o direito à vida e buscam a improcedência do pedido, em razão dos fundamentos jurídico-religiosos

Dessa forma, acentua-se que o papel do *amicus curiae* está intimamente ligado à evolução do processo. Logo, ao enunciar a natureza jurídica do *amicus curiae* como uma garantia institucional¹⁰³, o faz em consonância com a alteração do conteúdo teórico do núcleo do processo, que em pleno momento pós-moderno, passa a ter uma nova concepção de jurisdição, definindo-se pelo dever de concretizar os valores transdisciplinares da Constituição, cuja decisão parte dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais¹⁰⁴, em razão do núcleo do processo (iluminado pela teoria possibilista¹⁰⁵) conter a dignidade da pessoa humana e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais como valores norteadores.

Portanto, as potências públicas e pluralistas integrantes da sociedade aberta de intérpretes não devem apenas reivindicar a concretização da garantia institucional do *amicus curiae*, mas devem zelar pela preservação do instituto, atuando de forma combativa e opinativa nos assuntos de interesse público de toda a sociedade, pois o amigo da Corte (como instrumento legitimador das decisões do STF e em meio a uma garantia institucional em defesa do cidadão) representa nos dias atuais um “embrião” contido na Lei n. 9.868/99, que pode florescer e se tornar um forte e saudável “fruto” da sociedade aberta, apto a desenvolver a transdisciplinaridade no processo de tomada de decisão constitucional.

que estabelecem o início da vida com a concepção. Outras entidades, como as de direitos humanos, dividem seus pontos de vista entre a vida do feto e o sofrimento dos pais em ter toda uma gestão e ver a criança falecer com pouco tempo de vida. A seu turno, as associações de pesquisadores e trabalhadores da saúde, além de defenderem a isenção dos profissionais na realização desse procedimento terapêutico, buscam viabilizar a possibilidade de utilização dos fetos para pesquisas, a fim de acelerar o encontro da solução desse problema. Por fim, há também as entidades que defendem a liberdade de escolha da mulher em relação à prosperação da gestação. Dentro desse contexto, ressalta-se que os amici curiae não irão decidir o tema, mas contribuirão com seus pontos de vista para a construção de uma decisão plural dentro do âmbito normativo do processo constitucional. Recentemente, o Relator – Ministro Marco Aurélio – realizou uma seqüência de audiências públicas, com o fito de reunir elementos levados pelos diversos segmentos da sociedade civil, contribuindo para a construção da decisão no processo de fiscalização abstrata.

103 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

104 Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, a. 09, n. 635, 04.04.2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6550>>. Acesso em: 24.05.2005.

105 Cf. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002.

6 REFERÊNCIAS

AGUIAR, Antonio Carlos. As centrais sindicais amicus curiae. Revista LTr: legislação do trabalho, v. 68, n. 62, p. 155-164, fev. 2004.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed., aumentada. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. Direito Federal: revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil, v. 22, n. 78, p. 141-166, out./dez. 2004.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. In: Escritos sobre derechos fundamentales. Trad. Inacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges, p. 44-71, 1993.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. O instituto do amicus curiae como política pública de acesso à justiça. Texto enviado por meio eletrônico [paulo@unb.br], recebido por [andre.gontijo@gmail.com] em 25.03.2006.

COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro. Revista de Informação Legislativa, a. 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998.

DIPPEL, Horst. As idéias constitucionais americanas e francesas na

Alemanha no final do século XVIII. Seminários Avançados proferidos na Pós-Graduação da Universidade de Brasília, 2006.

DIPPEL, Horst. Inglaterra, Estados Unidos e França: constitucionalismo e soberania popular. Trad. José Emílio Medauar Ommati. Seminários Avançados proferidos na Pós-Graduação da Universidade de Brasília, 2006.

DIPPEL, Horst. O pensamento democrático na América e na França na época revolucionária: unidade e divergências. Trad. José Emílio Medauar Ommati. Seminários Avançados proferidos na Pós-Graduação da Universidade de Brasília, 2006.

DIPPEL, Horst. The history of Modern Constitutionalism. Seminários Avançados proferidos na Pós-Graduação da Universidade de Brasília (UnB), 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HÄBERLE, Peter. Antwort [resposta]. Mensagem enviada por meio eletrônico [Peter.Haeberle@uni-bayreuth.de], recebida por [andre.gontijo@gmail.com] em 09.08.2006.

HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, 2001. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 28.07.2006.

HÄBERLE, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Madrid, n. 09, p. 113-139, 2005.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Trad. Jürgen Saligmann, César Landa, Carlos Ramos e Antonio Luya. San Miguel, Peru: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997.

HÄBERLE, Peter. Libertad, Igualdad, Fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Minima Trotta, 1998.

HÄBERLE, Peter. Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris,

LUHMANN, Niklas. I diritti fondamentali come istituzione. Trad. Stefano Magnolo e Rev. Luigi Pannarale. Bari, Itália: Edizioni Dedalo, 2002.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Amicus curiae: um instituto democrático. Revista de Informação Legislativa, v. 38, n. 153, p. 07-10, jan./mar. 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado constitucional. Jus Navigandi, Teresina, a. 09, n. 635, 04.04.2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6550>>. Acesso em: 24.05.2005.

MARTINS, Leonardo (org.). Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Coletânea original: Jürgen Schwabe. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCALIA, Antonin. A matter of interpretation: federal courts and the law. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1997.

SCHMITT, Carl. Teoría de la constitución. Madrid: Alianza, 1998.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Hermenêutica Constitucional e os Princípios Norteadores da Concretização das Normas Constitucionais. Notícias do Direito Brasileiro. Brasília: UnB, n. 09, p. 155-175, 2002.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Interpretação constitucional no século XXI: o caminhar metodológico para o concretismo constitucional sob a influência de Peter Häberle*. Direito Público. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, a. 02., n. 08, p. 05-39, abr./jun. 2005.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Lei n. 9.868/99: uma proposta hermenêutica democraticamente adequada*. Estudos de Direito Público: homenagem aos 25 anos do mestrado em Direito da UnB. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

SILVA, Christine Oliveira Peter. *Estado de Direito e (Neo) constitucionalismo*. Núcleo de Estudos Constitucionais – NEC: Seminários Avançados do Módulo Temas de Direito Constitucional, 2006.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Amicus Curiae, Direito e Ação Afirmativa*. Revista Jurídica. Brasília, vol. 07, n. 76, dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>. Acesso em: 27.03.2006.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *Ponto final: o amicus curiae no ordenamento jurídico brasileiro*. Correio Brasiliense, Brasília, 25.03.2002, Caderno Direito e Justiça, n. 14190.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Decisão monocrática na ADI n. 3.494, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 22.02.2006. ADI, ADC, ADPF*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 30.09.2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Plenário. ADI n. 2.548. Relator Ministro Gilmar Mendes. Informativo (STF) n. 406*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02.02.2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Plenário. Agravo Regimental na ADI n. 748. Relator Ministro Celso de Mello, DJ 18.11.1994*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 14.06.2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. QO-ADI n. 2.223. Relator Ministro Marco Aurélio. Informativo (STF) n. 246. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 14.06.2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. QO-ADI n. 2.675, Relator Ministro Carlos Velloso; QO-ADI n. 2.777, Relator Ministro Cezar Peluso. Informativo (STF) n. 331. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 14.06.2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI n. 2777. Relator Ministro Cezar Peluso. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, Informativo (STF) n. 349 (26.11.2003). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 30.09.2006.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. O juiz na qualidade de amicus curia em precedentes judiciais aptos a ensejar a produção de súmula com efeito vinculante. Direito federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil, a. 23, n. 82, p. 25-43, out./dez. 2005.

VIEIRA, Liliane dos Santos. Pesquisa e monografia jurídica na era da informática. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

VI

EL AMPARO COLECTIVO Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

Ma. Del Rosario Huerta Lara.

*Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas,
Universidad Veracruzana, México*

SUMARIO

1. Introducción, 2. La reforma en México la judicialización de los derechos sociales, 3. Interés jurídico e interés legítimo en el derecho mexicano, 4. Acción colectiva, class action, recours collective, acciones de grupo, interés jurídico. Interés simple y mera facultad. Cuando existen, 5. Propuesta de redacción sobre el amparo colectivo para un código modelo de derecho procesal constitucional para Iberoamérica, a saber

RESUMEN:

Hasta Ahora el derecho procesal en general y en particular el constitucional ha soslayado la tutela de los llamados derechos colectivos. El dominio de una tradición de corte liberal decimonónica ha hecho insuperable la transición de un paleo Estado de derecho legislativo a la asunción de un Estado constitucional social de derecho capaz de amparar el problema de de los actores colectivos. Esta ponencia expone el desarrollo de estos derechos a la luz del Juicio de Amparo mexicano de corte individual en tránsito a adoptar el amparo colectivo bajo el reconocimiento de una más o menos amplia legitimación, lo que hará posible el desarrollo de nuevos retos a resolver para la teoría procesal latinoamericana.

1. INTRODUCCIÓN

Para algunos tratadistas existen ciertos temas que resultan de acceso restringido para la jurisdicción constitucional, se trata de los derechos sociales. De acuerdo con un sector de la doctrina son derechos vedados para la jurisdicción constitucional, por considerarlos derechos de imposible o difícil judicialización que implicaría, para el órgano jurisdiccional, rebasar sus naturales fronteras hacia terrenos solo aptos para los poderes políticos. En esta ponencia, se intenta desmitificar esa idea, al analizar algunas jurisprudencias y tesis aisladas que ha seguido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México que, además de conservar funciones de control de la legalidad, ha ampliado el ámbito protector del juicio de amparo para tutelar de manera directa derechos humanos establecidos en instrumentos internacionales. La jurisprudencia reciente apunta algunos criterios novedosos, proponiendo de manera expresa, clara y contundente la procedencia del amparo por transgresión de garantías individuales o sociales, así como por violaciones a los derechos humanos establecidos en los instrumentos internacionales. A través de la emisión de jurisprudencia y tesis aisladas sobre el derecho a la protección a la salud, la Corte mexicana se ha ocupado de los llamados problemas de determinación. Por ello resulta imprescindible la función reguladora de los jueces en la adecuación entre los fines constitucionales y los medios procesales para materializar plenamente el derecho a la protección de intereses colectivos.

1.1. LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

En México ha sido en la jurisdicción constitucional, en sus últimos desarrollos, donde se ha redimensionado el significado de la idea de fuerza normativa de la Constitución, como verdadera norma jurídica, esto es, como conjunto normativo aplicable, sin la necesidad de contar invariablemente con intermediaciones.¹ En los países de América Latina la situación constitucional fue diferente a la situación europea del S. XIX y de la primera mitad del S. XX². Particularmente, y por influencia del constitucionalismo norteamericano, la Constitución fue entendida, por lo menos en ciertos aspectos, como una realidad normativa. Así, a lo largo del S. XIX, la jurisdicción constitucional tuvo un desarrollo progresivo. Desde los primeros diseños de jurisdicción concentrada, realizados en el marco de la Constitución de Cundinamarca³, el juicio de amparo, diseñado por primera vez en la Constitución del estado mexicano de Yucatán y la recepción del modelo difuso, ocurrida en Argentina en 1881, i.e., el origen del Control de Constitucionalidad en ese país, con ocasión de la resolución del **caso Sojo**, instituyen algunos de los sillares que marcaron el desarrollo y evolución de la jurisdicción constitucional en el ámbito latinoamericano. Con el tiempo y debido a la combinación de influencias que penetraron tanto en la doctrina, como la práctica de los sistemas constitucionales latinoamericanos, se generaron diseños diversos a los originales, dando paso a modelos derivados denominados mixtos y paralelos de control.⁴ El proceso de democratización ocurrido en las décadas de los años ochenta y noventa, que motivo sendas reformas constitucionales, tuvo como constante, la creación o reforma de instituciones de justicia constitucional. Actualmente, en América Latina existen cortes o tribunales constitucionales fuera del poder judicial en Chile, Ecuador, Guatemala y Perú; tribunales constitucionales situados dentro del poder judicial en Bolivia y Colombia; salas constitucionales que forman partes de las cortes supremas en El Salvador, Costa Rica, Paraguay, Nicaragua y Venezuela y Cortes o Tribunales supremos que realizan funciones de tribunales

1 A mayor abundamiento, véase, *García de Enterría, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid, Civitas, 1983.*

2 *Brewer Carías, Allan R., La jurisdicción Constitucional en América Latina. , en García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.) La jurisdicción Constitucional en Iberoamérica, Madrid. Dickinson, 1997.*

3 *Constitución de Cundinamarca, Colombia. (30 de marzo de 1811, y promulgada el 4 de abril de 1811) Es de resaltar la evolución que se hace de la MONARQUIA CONSTITUCIONAL contenida en la Constitución de Cundinamarca hacia la forma de Estado basada en la REPÚBLICA CONSTITUCIONAL o DEMOCRACIA REPRESENTATIVA, en donde existe la División de Poderes.*

4 Véase *García Belaunde, Domingo, Derecho Procesal Constitucional, Colombia, Temis, 2001.*

constitucionales en Argentina, México, Panamá y Uruguay, además del control jurisdiccional difuso que en algunos casos, convive con el control ejercido por las mencionadas cortes, salas y tribunales, dando lugar a los modelos mixtos y paralelos antes referidos.

Como sea, América Latina registra desde finales del pasado siglo y comienzos del presente una incesante actividad judicial en materia de derechos sociales, que desde luego se opone a aquellas opiniones de acuerdo a las cuales los derechos sociales no resultarían exigibles jurisdiccionalmente.

Salvo algunas excepciones, es solo recientemente que el tema de los derechos sociales comienza a tratarse en la doctrina con la profundidad que amerita, pero debe señalarse que la base de los estudios sobre el tema en México, parte de la teoría constitucional que se viene produciendo en Europa y recientemente en algunos países de América Latina. Por lo que respecta a la jurisprudencia constitucional mexicana sobre derechos sociales también debe señalarse que la producción no ha sido muy prolífica, debido principalmente a factores tales como el entendimiento y la representación de la Constitución, la carencia de una Teoría Constitucional propia que permita un referente interpretativo más consistente. Empero, recientemente la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha comenzado a realizar una interpretación que favorece un mejor entendimiento de los derechos sociales. Prueba de ello son los criterios que más adelante se expondrán, así como la tesis sobre la Jerarquía de los tratados internacionales aprobada por el Máximo Tribunal de la Federación⁵.

2. LA REFORMA EN MÉXICO

Finalmente, tras largos e inopinados debates y silencios desde los años 70 en el foro mexicano el Congreso mexicano desarrolló tres reformas constitucionales que pueden considerarse históricas, en el contexto del desarrollo del derecho mexicano. La primera, se refiere a la incorporación del derecho internacional en al enjuiciamiento nacional. La segunda está referida al reconocimiento de los juicios colectivos y la tercera, de mayor importancia, a la reforma del Juicio de Amparo mexicano al reconocer el interés legítimo de intereses colectivos, dando con ello la posibilidad de defensa de interés supraindividuales, colectivos y difusos que hasta ahora habían sido soslayados por el sistema legal mexicano.

⁵ Véase la tesis de pleno LXXVII/99 "TRATADOS INTERNACIONALES SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.", aprobada en la sesión privada del 28 de octubre de 1999.

Debe señalarse que la gran mayoría de los Estados latinoamericanos carecen de normas procesales de avanzada, ni tienen experiencia en la protección jurisdiccional de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Sin embargo, en el ámbito regional se aprecia una sólida tendencia hacia la adopción de normatividad en esa dirección, tal es el caso de Brasil, Colombia, Argentina, Chile, Venezuela, Panamá, entre otros, y recientemente, a nivel federal en México.

En ese tenor, recientemente el pleno de la Cámara de Diputados en México aprobó dos reformas esenciales relativas a la tutela de los derechos humanos y a la regulación de las acciones colectivas. De la primera, cabe destacar, el reconocimiento de los derechos humanos suscritos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, como derechos fundamentales de la Constitución y su accionar en el sistema jurídico mexicano y la segunda, dirigida al reconocimiento de las acciones colectivas en torno a los llamados derechos colectivos y difusos, accionables en diversas materias del enjuiciamiento nacional. El 25 de marzo del 2010 una reforma adicional al artículo 17 constitucional establece la acción colectiva. Cualquier persona podrá presentar una acción a nombre de toda la colectividad, por el que se agrega un párrafo tercero y se recorre el orden de los párrafos subsecuentes del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁶, para quedar como sigue:

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.⁷

⁶ *En sesión celebrada en la Cámara de Senadores el 7 de febrero de 2008, presentó iniciativa con proyecto de decreto por el que adiciona un quinto párrafo al artículo 17 Constitucional en materia de acciones colectivas. En esa misma fecha la Presidencia de la Mesa Directiva del Senado de la República dispuso que la iniciativa antes mencionada fuera turnada a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Gobernación y de Estudios Legislativos, para su estudio y dictamen correspondiente. Asimismo, en sesión celebrada el 10 de diciembre de 2009, el Pleno del Senado de la República aprobó por mayoría de 100 votos a favor el dictamen con Proyecto de decreto que se adiciona un párrafo tercero y se recorre el orden de los párrafos subsecuentes del artículo 17 constitucional, presentado por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Gobernación y Estudios Legislativos. Para los efectos constitucionales en esa misma fecha fue enviada a esta H. Cámara de Diputados la Minuta con proyecto de decreto confirmatorio. El 15 de diciembre de 2009, la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados turnó a la Comisión de Puntos Constitucionales la minuta con proyecto de decreto para su análisis y dictaminación. En sesión celebrada el 16 de febrero de 2010, se presentó una Excitativa para que la Comisión de puntos Constitucionales dictamine la Minuta con Proyecto de decreto. Así también el 23 de febrero de 2010, se dio cuenta del oficio de la Cámara de Senadores, a través de cual, remite la solicitud para que se dictamine la Minuta que adiciona un párrafo tercero y se recorre el orden de los párrafos subsecuentes del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

⁷ *Los legisladores aprobaron la reforma con 319 votos a favor y cero en contra, por lo que alcanzó la*

Esta normativa es factor para que se reforme la legislación secundaria nacional, dando acceso a la justicia, entre otras materias, a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, así como la prevención frente a daños ambientales surgidos con motivo de los efectos del cambio climático sobre la población, entre muchos otros aspectos. El desarrollo de esta normativa supone en el ámbito del derecho procesal dos cuestiones esenciales, en primer término, el reconocimiento procesal de la figura del interés legítimo en el ámbito de las leyes del estado y, segundo, la derogación total de la fórmula Otero, en materia de amparo, i.e, para efectos de que cuando se conceda un amparo por el poder judicial de la federación, la sentencia tenga efectos *erga omnes*.

La posibilidad de acudir a los recursos judiciales mediante el interés legítimo abre grandes oportunidades de control de actos de la administración pública que, hasta ahora, sólo en algunos casos es factible proteger. El interés legítimo no requiere, como ya se dijo, de la afectación a un derecho subjetivo, aunque sí a la esfera jurídica entendida en sentido amplio. Esta ofensa a los derechos de los gobernados puede ser directa o puede comprender el agravio derivado de una situación particular que tenga el quejoso en el orden jurídico.

Por virtud del interés legítimo se abre la puerta para la defensa de afectaciones a la esfera jurídica de los gobernados que no violentan un derecho subjetivo pero que tampoco se trata de intereses difusos o colectivos, lo que constituye una ventaja frente a la previsión exclusiva de procedencia en contra de la afectación de intereses difusos.

En este sentido, la legitimación a través del interés legítimo es más amplia que la que se lograría con la sola defensa de los intereses difusos y colectivos.

Por otra parte, debe reconocerse que la problemática de la protección de los intereses difusos o colectivos no siempre implica un problema de constitucionalidad, por eso, en ocasiones, esta protección se daría en primer nivel en esfera técnica en sede administrativa y no en sede jurisdiccional. Por ello, el interés legítimo incorporado en el proyecto es un concepto abierto, para que los jueces decidan en cada caso concreto si se está o no en presencia de un acto de autoridad que implique una violación constitucional o a los derechos humanos y en consecuencia, acreditar o

mayoría calificada requerida para reformas constitucionales. Estos cambios al artículo 17 de la Carta Magna para permitir las acciones colectivas fueron aprobados por la Cámara de Diputados, mientras que el Senado de la República los aprobó en diciembre de 2009. Sin embargo, debe apuntarse que requieren la aprobación de más de la mitad de los congresos estatales para ser promulgados, por tratarse de una reforma constitucional y su posterior publicación en el Diario Oficial de la Federación.

no la legitimación en juicio. Esto no se puede definir *a priori* en la ley, tiene que ser una creación jurisdiccional.

Como consecuencia de lo antes expuesto, en diciembre del 2010 el Congreso de la Unión procedió a la reforma de la Constitución mexicana, dotando a su numeral 103, para quedar como sigue:

Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

Lo que significa que en el ámbito jurisdiccional por primera vez aparece un bloque de constitucionalidad que incluye la justiciabilidad no solo los derechos reconocidos explícitamente en la Constitución, sino además aquellos establecidos en los tratados de derechos humanos de lo que México es parte, lo cual significa un avance en la justiciabilidad de los derechos ciudadanos que, por supuesto no solo los de clara naturaleza individual, sino también aquéllos de incidencia colectiva como los referidos en los tratados de derechos económicos, sociales y culturales.

Concomitantemente el artículo 107 de la citada carta nacional, resultó en una reforma que incorpora el reconocimiento de “*un interés legítimo individual o colectivo*”, para quedar como sigue:

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:

I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

En este orden de la reforma de la norma constitucional que citamos se incluye la Declaratoria General de Inconstitucionalidad, lo cual representa una verdadera novedad en el juicio de amparo mexicano que

se constreñía a la denominada Fórmula Otero que mantenía incólumes normas manifiestamente inconstitucionales, resultando su redacción de la siguiente manera:

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

3. INTERÉS JURÍDICO E INTERÉS LEGÍTIMO EN EL DERECHO MEXICANO

Es criterio que para que proceda el juicio de amparo, entre otros requisitos, debe acreditarse el interés jurídico. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en forma reiterada ha sustentado que los sujetos que se consideren afectados por la ley que se impugna de inconstitucional, para comprobar su interés jurídico, deben demostrar que se encuentran dentro del supuesto normativo de la ley. La base para la procedencia del amparo, es la existencia de un perjuicio inmediato y directo en los intereses jurídicos del quejoso, y no en el inmediato e indirecto que no es propiamente lesivo de un derecho.⁸ Como lo plantea la fracción V del artículo 73 de la Ley de Amparo vigente, que establece la improcedencia del juicio de amparo: *contra actos que no afecten los intereses jurídicos del quejoso*. Dicho interés jurídico se refiere a la titularidad de los derechos afectados con el acto reclamado; de manera que sólo el sujeto de esos derechos puede ocurrir al juicio de garantías y no otra persona, aunque éste resienta lesiones en su patrimonio, como una repercusión o consecuencia del mismo. En otros términos La Suprema Corte ha identificado la existencia de interés jurídico con la afectación de un derecho subjetivo⁹

8 Góngora Pimentel, Genaro, *¿El juicio de amparo vs el derecho a un ambiente adecuado?*, 7° Encuentro Internacional de Derecho Ambiental, realizado de 1 al 3 de Octubre de 2008 en la Ciudad de México, pp. 2 y 3, en http://www.ceja.org.mx/IMG/pdf/ARTICULO_MINISTRO_GONGORA_PIMENTAL.pdf

9 Eduardo García Máynez dice que el derecho en su sentido objetivo, es un conjunto de normas. Trátese de preceptos impero-atributivos, es decir, de reglas que además de imponer deberes, conceden facultades. Frente al obligado por una norma jurídica descubrimos siempre a otra persona facultada para exigirle el cumplimiento de lo prescrito. La autorización concedida al pretensor por el precepto es el derecho en sentido subjetivo. García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1992, p. 36.

considerando este último requisito indispensable para la procedencia del juicio de amparo.

Una de las tesis jurisprudenciales más representativas a este respecto es la siguiente:

3.1. INTERÉS JURÍDICO. INTERÉS SIMPLE Y MERA FACULTAD. CUANDO EXISTEN.

El interés jurídico, reputado como un derecho reconocido por la ley, no es sino lo que la doctrina jurídica conoce con el nombre de derecho subjetivo, es decir, como facultad o potestad de exigencia, cuya institución consigna la norma objetiva del derecho. En otras palabras, el derecho subjetivo supone la conjunción en esencia de dos elementos inseparables, a saber: una facultad de exigir y una obligación correlativa traducida en el deber jurídico de cumplir dicha exigencia, y cuyo sujeto, desde el punto de vista de su **índole, sirve de criterio de clasificación de los derechos subjetivos en privados (cuando el obligado sea un particular) y en públicos (en caso de que la mencionada obligación se impute a cualquier órgano del Estado)**. Por tanto, no existe derecho subjetivo ni por lo mismo interés jurídico, cuando la persona tiene sólo una mera facultad o potestad que se da cuando el orden jurídico objetivo solamente concede o regula una mera actuación particular, sin que ésta tenga la capacidad, otorgada por dicha orden, para imponerse coercitivamente a otro sujeto, es decir, cuando no haya un “poder de exigencia imperativa”; tampoco existe un derecho subjetivo ni por consiguiente interés jurídico, cuando el gobernado cuenta con un interés simple, lo que sucede cuando la norma jurídica objetiva no establezca en favor de persona alguna ninguna facultad de exigir, sino que consigne solamente una situación cualquiera que pueda aprovechar algún sujeto, o ser benéfica para éste, pero cuya observancia no puede ser reclamada por el favorecido o beneficiado, en vista de que el ordenamiento jurídico que establezca dicha situación no le otorgue facultad para obtener coactivamente su respeto. Tal sucede, por ejemplo, con las leyes o reglamentos administrativos que prohíben o regulan una actividad genérica, o que consagran una determinada situación abstracta en beneficio de la colectividad. Si el estatuto legal o reglamentario es contravenido por algún sujeto, porque su situación particular discrepa o no se ajusta a sus disposiciones, ninguno de los particulares que obtenga de aquél un beneficio o derive una protección que pueda hacer valer tal discrepancia o dicho desajuste por modo coactivo, a no ser que el poder de exigencia a la situación legal o reglamentaria se le conceda por el ordenamiento de que se trate. Por tanto, si cualquiera autoridad del Estado determina el nacimiento de una situación concreta, que sea contraria a la primera, desempeñando un acto opuesto o no acorde con la ley o el reglamento respectivo, es a esa

misma autoridad o a su superior jerárquico a los que incumbe poner fin a dicha contrariedad o discordancia, revocando o nulificando, en su caso, el acto que las haya originado, pues el particular sólo puede obtener su revocación o invalidación cuando la ley o el reglamento de que se trate le concedan “el poder de exigencia” correspondiente.¹⁰

Como apunta el doctor Arturo Zaldívar, de acuerdo con el criterio transcrito se requiere para el interés jurídico: a) La existencia de un derecho establecido en una norma jurídica (derecho objetivo), b) La titularidad de ese derecho por parte de una persona, c) La facultad de exigencia para el respeto de ese derecho (derecho subjetivo), y d) La obligación correlativa a esa facultad de exigencia.¹¹ Por lo tanto, la esencia del concepto de interés jurídico es la existencia de un derecho protegido por la Ley y de un sujeto titular de ese derecho a quien le corresponde el interés de accionar para poner en movimiento la actividad jurisdiccional a fin de que el juez intervenga en la reparación de la violación constitucional. El amparo constituye un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes y actos de la autoridad y fue concebido por sus creadores como un juicio individualista y liberal que tiene por objeto hacer efectivos los derechos del hombre (garantías individuales) frente a la autoridad.¹²

La exigencia del interés jurídico así entendida para la procedencia del juicio de amparo, restringe su ámbito de acción a la protección de los derechos esencialmente individuales, dejando sin protección los llamados intereses difusos y colectivos. Cabe recordar, que tradicionalmente los derechos humanos se han dividido en tres generaciones. La primera de ellas se refiere a los derechos individuales, tal es el caso del derecho a la libertad. La segunda generación, relativa a los derechos sociales, presenta como titulares a grupos sociales bien determinados, como es el caso de los trabajadores. En la evolución de los derechos de esta segunda generación, el constituyente de 1917 tiene el mérito de ser el primero en incluirlos en el documento constitucional. Y finalmente la tercera generación relativa a los llamados intereses difusos y colectivos. Se trata de aquellos derechos subjetivos e intereses legítimos que corresponden a personas indeterminadas, pertenecientes a diversos grupos sociales, que

10 Véase la tesis sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo el rubro: *INTERES JURIDICO. INTERES SIMPLE Y MERA FACULTAD. CUANDO EXISTEN*, *Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 37, Primera Parte, página 25.*

11 Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002, p. 44.

12 Martínez del Sobral, Enrique, *La necesidad de revisar el concepto del “agravio personal y directo” en el juicio de amparo, 75 Aniversario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Editorial Porrúa, México, 1992, pp. 277 y 279.

se encuentran distribuidos en amplios sectores, de manera que no resulta fácil, el establecimiento de los instrumentos adecuados para la tutela de los propios intereses que se refieren esencialmente al consumo, al medio ambiente, a los problemas urbanos y al patrimonio artístico y cultural, entre los más importantes.¹³

Nuestra Constitución reconoce una serie de derechos colectivos y difusos, que aún cuando se encuentran establecidos por el propio ordenamiento, no son más que simples declaraciones o principios unilaterales, es decir, sólo conceden derechos a sus titulares pero sin obligaciones a cargo de los sujetos pasivos, lo cual impide que se dé en ellas el principio de legalidad.¹⁴

El problema es complejo y muchas son las posibles soluciones que se han planteado para resolverlo, que van desde la *propuesta de reforma a la fracción V del artículo 73 de la Ley de Amparo que sustituya el concepto de interés jurídico por el de intereses del quejoso, hasta la propuesta hecha por el proyecto de nueva Ley de Amparo de la Suprema Corte de establecimiento del concepto de interés legítimo*. El interés legítimo, cuyo desarrollo más importante se ha dado en el ámbito del derecho administrativo, consiste en una legitimación intermedia entre el interés jurídico y el interés simple. Así no se exige la afectación de un derecho subjetivo, pero tampoco se trata de que cualquier persona esté legitimada para promover el amparo con el fin de exigir que se cumplan las normas administrativas, con lo que se convertiría en una especie de acción popular.

De esta manera, los aspectos que caracterizan al interés legítimo en la ley mexicana se pueden expresar de la siguiente manera:

- a) No es un mero interés por la legalidad de la actuación de la autoridad; requiere la existencia de un interés personal, individual o colectivo que, de prosperar la acción, se traduce en un beneficio jurídico en favor del accionante.
- b) Está garantizado por el derecho objetivo, pero no da lugar a un derecho subjetivo, no hay potestad frente a otro.
- c) Debe haber una afectación a la esfera jurídica en sentido amplio, ya sea económica, profesional o de otra índole. Lo contrario es la acción popular, en la cual no se requiere afectación alguna a la esfera jurídica.

¹³ Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo, *Op. Cit.* p. 45.

¹⁴ Meza Salazar, Martha Alicia, *Op. Cit. Derechos Difusos, su incorporación en la Constitución*, p.337.

- d) Los titulares tienen un interés propio distinto del de cualquier otro gobernado, consistente en que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento cuando con motivo de la persecución de fines de carácter general incidan en el ámbito de ese interés propio.
- e) Se trata de un interés cualificado, actual y real, no potencial o hipotético; en suma, es un interés jurídicamente relevante.
- f) La anulación produce efectos positivos o negativos en la esfera jurídica del gobernado.

Por otro lado, Es de destacar que, los diversos mecanismos de acceso a la justicia de naturaleza colectiva permiten la fiscalización de las políticas públicas por diversos actores sociales, en especial grupos o comunidades afectada por situaciones estructurales que vulneran sus derechos. Así, el derecho internacional nos muestra, por ejemplo, como las acciones de amparo colectivo, las acciones de tutela, *mandatos de seguridad y de injuncao brasileños, acciones de clase, acciones declarativas de certeza, acciones de inconstitucionalidad, acción civil pública, actúan como vías para el control social de las políticas y al mismo tiempo sirven para activar procesos de rendición de cuentas y sistemas de freno y contrapeso entre los mismos órganos del Estado. En estas acciones, organizaciones ambientales, de usuarios, pueblos indígenas, organizaciones de mujeres y de derechos humanos, o en ocasiones funcionarios públicos legitimados para representar actores colectivos --como el Ministerio Público o el ombudsman-- han logrado incidir a través de la actuación de instancias judiciales, de maneras muy diversas, en la orientación de políticas sociales. Este tipo de acciones ha impulsado procesos de discusión de diversas políticas públicas con relación a los lineamientos de reformas de la seguridad social; de políticas masivas de reducción de pensiones y salarios; de políticas de provisión de medicamentos frente al HIV/SIDA; de sistemas de cupos para la población indígena o afro descendiente en el ámbito de la educación; de la distribución de partidas presupuestarias para la educación pública; de la exclusión de sectores sociales del alcance de planes asistenciales alimentarios; de prácticas de discriminación de inmigrantes en el acceso a servicios sociales y planes de vivienda; y del incumplimiento de las políticas sociales para la población desplazada en un conflicto armado. Estas acciones, además, han contribuido a fiscalizar empresas que prestan servicios públicos a fin de tutelar los derechos de los usuarios, o empresas y grupos privados que realizan explotaciones económicas con efectos ambientales. También han servido para reclamar*

información y demandar mecanismos de participación en los procesos previos a la formulación de políticas, o al otorgamiento de concesiones de actividades económicas potencialmente nocivas:

En este sentido, la vigencia de mecanismos adecuados de reclamo de derechos sociales, resulta un tema central a considerar en este proyecto de reformas constitucionales, así como de posteriores reformas judiciales que invariablemente deberá de suscitarse en la Ley de Amparo, reglamentaria de las anteriores normas constitucionales (103 y 107 constitucionales) a fin de fortalecer el acceso a la jurisdicción y la participación colectiva en el ámbito de la justicia, así como para la fiscalización de las políticas estatales y de la actuación de actores privados, que impactan con sus acciones en el ejercicio de aquellos derechos básicos.

Una observación final a este proceso de reforma constitucional nos refiere que no es suficiente el reconocimiento de los derechos fundamentales enumerados en el texto de las leyes, sin considerar que el sistema judicial debe admitir una amplia legitimación procesal a los fines de procurar una tutela eficiente sobre el conjunto de la población afectada en alguno de sus derechos. Vistas así las cosas se requiere de una reglamentación de un proceso jurisdiccional colectivo que garantice la realización de los derechos. El cual debiera contemplar distintas vías, según fueren las circunstancias de los casos que se relacionan con cada uno de los derechos a la salud, la educación, el medio ambiente, la vivienda, etc. De allí que, en el marco de los deberes de las autoridades del Estado, frente a fenómenos como los derechos de carácter eminentemente social, se inscribe la tarea de proveer de un proceso jurisdiccional colectivo, susceptible de reflejar las particularidades de estos derechos y sus factores en la dinámica social, económica y cultural en tanto bienes jurídicos de la población, fundamentales para la vida de la población de la presente generación y de las próximas. Por ello, la tarea del legislador, primero, y el juez es más que ardua, pues debe acudir a una estructura jurídica que *prima facie se antepone a los sistemas tradicionales del derecho. Para la efectiva vigencia de estos derechos, se debe ejercitar dinámicamente todos los resortes que las leyes confieren, dejando de lado concepciones obsoletas, buscando expandir el acceso a la justicia y a los efectos de sus decisiones.*

Un obstáculo importante para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es la falta de mecanismos judiciales adecuados para su tutela. Las acciones judiciales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas, tradicionalmente, para la

protección de los derechos civiles y políticos clásicos. La falta de recursos adecuados y efectivos en el orden jurídico interno de los Estados para tutelar los derechos económicos, sociales y culturales, vulnera las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran el derecho de acceder a tales recursos, y en consecuencia, a aquellos derechos. Estas normas establecen, en definitiva, el derecho del titular de un derecho, a tener una acción para su tutela.

El reconocimiento de derechos, tal y como se describen en esta exposición, impone la creación de acciones judiciales o de otro tipo, que permitan a su titular, la colectividad, reclamar ante una autoridad judicial u otra con similar independencia, ante la falta de cumplimiento de su obligación por parte del sujeto obligado. Por ello, el reconocimiento de derechos es también el reconocimiento de un campo de poder para sus titulares y en ese sentido, puede actuar como una forma de restablecer equilibrios en el marco de situaciones sociales marcadamente desiguales. De esta manera, el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales conduce a reconocer la necesidad de contar con mecanismos adecuados y efectivos de reclamo de estos derechos de índole individual y colectiva.

Un aspecto de importancia es el tema de los recursos judiciales de naturaleza colectiva o acciones de clase en materia de derechos sociales. Estos derechos tienen una clara dimensión colectiva y su vulneración suele presentarse como afectación de grupos o colectivos más o menos determinados. La incidencia colectiva de la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales, provoca problemas de legitimación activa, que no se limitan a la etapa de formulación de la acción, sino que se prolongan durante las diferentes etapas del proceso, ante la ausencia de mecanismos de participación adecuada de los sujetos colectivos o de grupos numerosos de víctimas en las diferentes diligencias e instancias procesales. Esta circunstancia pone en evidencia que las acciones y los procedimientos están previstos para dilucidar conflictos individuales.

El desarrollo de instrumentos procesales para las acciones colectivas, facilitará el cumplimiento y reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales. En México, y en particular en los países de la región latinoamericana, se requieren mecanismos procesales eficaces que permitan acciones colectivas en el ámbito judicial, que no sólo se vinculen con la propiedad, sino con el interés de los gobernados que consideran afectados sus derechos colectivos y difusos. La *acción colectiva jurisdiccional* tendría un importante soporte en los tribunales del poder judicial, en tanto instrumento de los pueblos, comunidades y toda clase de colectivos que pretenden exigir al Estado el cumplimiento de

sus obligaciones en todas las materias a que se refieren a sus derechos económicos, sociales y culturales. El propósito es que las acciones colectivas, desde la perspectiva del derecho, consigan contribuir a tutelar jurídicamente los bienes económicos, sociales y culturales de la población.

4. ACCIÓN COLECTIVA, CLASS ACTION, RECOURS COLLECTIVE, ACCIONES DE GRUPO.

En la perspectiva del derecho comparado, las acciones de grupo o colectivas contienen algunos elementos esenciales, a saber:

En los EE UU, las **Reglas Federales del Procedimiento Civil**, aprobadas en 1938, adoptaron la acción de grupo o **class action**. El artículo 23 de estas reglas, reformado en 1966, señalan cuatro requisitos para que la acción de grupo colectiva pudiera ser ejercitada: a) cuando el grupo es tan grande que resulta imposible o impráctico que todos sus miembros sean partes de la demanda; b) cuando existen de hecho o de derecho características comunes a todo el grupo; c) cuando los elementos de la acción o de las excepciones y defensas son comunes a todos sus miembros y d) cuando quienes desempeñan el papel de representantes protegen de forma justa y adecuada los intereses de grupo.¹⁵

En la Provincia de Quebec, Canadá, esa figura tuvo su recepción en el **Código de Procedimiento Civiles** bajo la denominación de le **recours collective**, que significa el procedimiento que permite a un miembro seguir un juicio, sin un mandato, en representación de todos los miembros de una agrupación. Se entiende por miembro a toda persona natural que es parte de un grupo en representación del cual esta persona física ejecuta o intenta ejecutar un **recours collective**. En la definición del **Código de Procedimientos Civiles de Quebec**, la palabra miembro incluye no solamente a una persona física, sino no también a una asociación u organización no gubernamental. Lo mismo ocurre con las reglas Federales del Procedimiento Civil de los EE UU.¹⁶

Por otra parte, en Brasil, conforme al artículo 81 del **Código de la Defensa del Consumidor**, el derecho colectivo, en su sentido amplio, puede ser difuso, colectivo o individual homogéneo. El difuso pertenece a una comunidad de personas indeterminadas e indeterminables, por ejemplo, el derecho a un ambiente sano. El colectivo, pertenece

¹⁵ CABRERA ACEVEDO, Lucio, *El amparo colectivo protector del derecho al ambiente y de otros derechos humanos*, Porrúa, México, 2000, p.21

¹⁶ *Op. Cit.* pp. 28 y 27

a una colectividad, grupo o clase, de personas indeterminadas pero determinables. Sería el caso de los derechos de un grupo étnico, una comunidad, un ejido. Por su parte, los derechos individuales homogéneos pertenecen a una comunidad de personas perfectamente individualizadas que pueden ser indeterminadas o indeterminables por su número, por ejemplo, los derechos del consumidor.¹⁷

Asimismo, las acciones de grupo en un sentido estricto existen en casi todos los estados miembros de la Unión Europea. Las acciones pueden ser presentadas por organizaciones o autoridades públicas, aunque principalmente para la obtención de órdenes preventivas y especiales de las cortes. En este contexto la nueva **Ley de Procedimientos de Grupo Suecos** (2003), es la primera ley en Europa que contiene todas las tres formas de acciones de grupo, incluyendo las acciones colectivas, a saber, las acciones individuales de grupo (acciones colectivas), las acciones públicas de grupo, y las acciones de grupo organizacionales. Las diferentes organizaciones pueden complementar y asistir a las demás. La forma que mejor se acerque al caso puede ser seleccionada. Las acciones de grupo individuales (acciones colectivas) pueden ser iniciadas por una persona que es miembro del grupo. Esto significa que el demandante deberá tener legitimación en la causa para ser una parte en el litigio con respecto a una de las pretensiones a las que se refiere la acción. Las acciones organizacionales están restringidas al derecho de los consumidores y el derecho ambiental. Finalmente, una autoridad gubernamental es la responsable de iniciar las acciones públicas de grupo.¹⁸

En resumen, el *grupo*, el *interés jurídico*, la *representación* y la *sentencia* constituyen elementos indispensables de los procesos colectivos. El grupo afectado en sus intereses puede ser pequeño o abarcar toda la humanidad.¹⁹ Por su parte, el interés jurídico se ha ampliado no sólo para proteger un interés subjetivo del actor sino su interés legítimo para defender los intereses y derechos difusos de los miembros del grupo y así evitar, por ejemplo, la contaminación ambiental, la discriminación étnica y sexual, etc. Así lo admite el proyecto de reforma a la Ley mexicana de

¹⁷ *Op. Cit.* pp. 27 y 28

¹⁸ Lindblom Herik, Per y North, Roberth, *La ley sueca de procedimientos de grupo*, en Gidi, Antonio, *Procesos colectivos*, Porrúa, México. 2003, pp. 97 y 98

¹⁹ *Mientras una minoría puede sufrir de discriminación étnica, económica o urbanística, la humanidad está amenazada de extinción por varios factores: los efectos nocivos del cambio climático, el traslado masivo de desechos tóxicos, la lluvia ácida que no conoce fronteras, la destrucción del ozono en la capa superior de la atmósfera por la utilización de aerosoles y frigoríficos (clorofluorhidrocarbono) y el calentamiento de la tierra por el uso de combustibles fósiles así como la destrucción de selvas y bosques tropicales (dióxido de carbono).*

Amparo (Art. 107, fracc. 1 de la Constitución). Por otro lado, tenemos las formas de representación, en ellas, el actor ha ampliado su interés jurídico que puede ser una persona física o una organización no gubernamental, es decir, actúa en juicio como representante de todos los miembros del grupo que tienen derechos homogéneos o semejantes al ser víctimas de los mismos actos.²⁰ La sentencia abarca a todo el grupo que ha sido representado ya sea pequeño o que comprenda a toda una nación o a toda la humanidad. De cualquier forma esto implica en el caso mexicano, la necesidad de limitar o derogar la fórmula Otero en este campo.

5. PROPUESTA DE REDACCIÓN SOBRE EL AMPARO COLECTIVO PARA UN CÓDIGO MODELO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL PARA IBEROAMÉRICA, A SABER:

***Sobre el Juicio de Amparo colectivo.** El juicio de amparo colectivo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.*

Coatepec, Veracruz, México, diciembre del 2010.

²⁰ Esta representación tiene que ser correcta (en los EEUU le llaman adequacy o representatation), a pesar de que es efectuada sin mandato como también lo expresa el Código de Procedimientos Civiles de Quebec en su *reccours collective*. Respecto a la sentencia, cuando es favorable tiene efectos erga omnes, según el Código de Defensa de Brasil y la doctrina brasileña. De acuerdo a Gutiérrez de Cabiedes tiene solamente efectos generales.

VII

CAUSALES GENERICAS Y ESPECIFICAS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

**-BREVE RECONSTRUCCIÓN DEL ESTADO DEL ARTE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA
CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA-**

Por: Edgar Andrés Quiroga Natale

Abogado (Grado Suma Cum Laude), Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Estudios de Doctorado en Derecho, Universidad Santo Tomás. Magister en Derecho Económico, Universidad Externado de Colombia. Especialista en Resolución de Conflictos y Estrategias de Negociación, Universidad Castilla la Mancha (España). Especialista en Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Santo Tomás. Especialista en Pedagogía para el Desarrollo del Aprendizaje Autónomo, Universidad Nacional Abierta y a Distancia. Diplomado en Derechos Humanos, UPTC – Defensoría del Pueblo. Diplomado en Contratos civiles, comerciales y responsabilidad del Estado, Asociación Boyacense de Derecho Público. Diplomado en Derecho Disciplinario – UPTC. Par Académico Ministerio de Educación Nacional, Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, Conferencista en diversos eventos académicos nacionales e internacionales. Asesor Jurídico externo de varias entidades públicas y privadas, Catedrático de las Universidades Nacional de Colombia (Bogotá), Católica de Colombia (Bogotá), Santo Tomás (Bogotá), Pedagógica y Tecnológica de Colombia (Tunja), Nacional Abierta y a Distancia (Tunja) y Escuela Superior de Administración Pública ESAP (Tunja). Contacto: edgarandresq80@gmail.com

SUMARIO

1. Introducción, 2. Fase de ingreso (1992-1994), 3. fase de posicionamiento (1995 – 2004), 4. Fase de consolidación (2005 – a la fecha), 5. Causales genéricas de procedibilidad de la tutela contra sentencias judiciales, 5.1 Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional, 5.2. Que se haya agotado todos los medios –ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable, 5.3. La inmediatez de la acción, 5.4. La irregularidad procesal (cuando éste sea el caso) debe tener un efecto directo y determinante sobre la sentencia impugnada y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora, 5.5. Identificación del derecho vulnerado y las causas de la vulneración, 5.6. Que no se trate de sentencias de tutela, 6. Causales específicas de procedibilidad de la tutela contra sentencias judiciales, 6.1 Defecto orgánico, 6.2. Defecto procedimental absoluto, 6.3. Defecto fáctico, 6.4. Defecto material o sustantivo, 6.5. Error inducido, 6.6. Decisión sin motivación, 6.7. Desconocimiento del precedente, 6.8 Violación directa de la constitución, 7. conclusiones, 8. fuentes de referencia, 8.1. bibliograficas, 8.2 jurisprudenciales

1. INTRODUCCION

El modelo propuesto en la carta jurídico – política de 1991 contenido en el artículo primero superior¹ exige un corresponsal desarrollo de los derechos fundamentales, no solo desde el punto de vista formal de su reconocimiento y consagración, sino además de los instrumentos de protección material que garantice a los mismos su efectividad y respeto.

En atención a la relación entre modelo de Estado de Derecho y derechos fundamentales anota el profesor Perez Luño: *“El Constitucionalismo actual no sería lo que es sin los derechos fundamentales. Las normas que sancionan el estatuto de los derechos fundamentales, junto aquellas que consagran la forma de Estado y las que establecen el sistema económico, son las decisivas para definir el modelo constitucional de una sociedad (...) Así, se da un estrecho nexo de interdependencia, genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho...”*²

La consagración de la acción de tutela en la Constitución Política de 1991 supone un avance en la pretensión de protección de los derechos de raigambre iusfundamental (y por lo tanto de la coherencia del modelo jurídico – político), no solo por la existencia material del instrumento, sino además, por el puente jurídico que se tiende entre las bases deontológicas y teleológicas del nuevo modelo de Estado con la posibilidad de materializarlas en la justicia del caso concreto³.

1 “Colombia es un Estado Social de Derecho...”. Constitución Política de Colombia de 1991.

2 PEREZ Luño, Antonio. “Los Derechos Fundamentales”. Tecnos, Madrid, 2004, pág 19.

3 “La teoría de la Justicia del Caso concreto (de stirpe anglosajona) pretende estudiar la administración de la justicia no a partir de la aplicación de presupuestos generales, impersonales y abstractos a través del imperio de la subsunción que brinda el silogismo jurídico, por el contrario, busca estudiar la creación de la decisión judicial a partir del estudio de las condiciones particulares y propias de cada caso para concluir con el refuerzo del precedente o la creación del derecho”. CASCAJO Hernández, José Luis. “Justicia Tradicional y Justicia Constitucional”, Cívitas, Madrid, 2008, pág 24.

La adopción de un esquema de organización en donde la Constitución detenta soberanía normativa (y por lo tanto sujeción jurídica directa), acompañado de un instrumento material de protección de los derechos fundamentales, redefine por completo la forma en que se relacionan el Derecho y el Poder en el marco de un Estado.

Consecuencia del anterior, surge el fenómeno de “constitucionalización” del derecho y la acción de tutela se convierte en uno de los mecanismos más efectivos para que dicha sujeción se respete, proteja y promueva.

No obstante, la puesta en funcionamiento de la acción de amparo en Colombia ha generado toda una serie de tensiones intra e inter institucionales de alguna manera comprensibles por el recambio en la concepción del modelo y por su reciente implementación.

Quizá uno de los temas menos pacífico en materia de acción de tutela es la posibilidad jurídica de incoar dicho amparo frente a providencias judiciales (incluso las proferidas por las altas cortes), de tal suerte que se ha desatado entorno a ello un álgido e inacabado debate⁴ en donde

4 *“Es muy importante señalar que sobre la procedencia de la acción de tutela contra sentencias existen, al menos, tres tesis. La primera, defendida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien sostiene que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe, en ningún caso, la posibilidad de interponer una acción de tutela contra una sentencia judicial. Esgrime para ello dos importantes argumentos: (1) en su criterio, la tutela contra sentencias afecta la distribución constitucional de competencias entre las altas cortes y le quita a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado el carácter de máximo órgano de la respectiva jurisdicción; (2) la tutela contra sentencias viola los principios de seguridad jurídica y autonomía funcional de los jueces de la República. En segundo lugar, otro importante sector de la comunidad jurídica considera que la tutela sí puede interponerse contra una sentencia pero sólo cuando ésta constituya una auténtica vía de hecho y si no se trata de sentencias de las altas cortes. Esta tesis parece ser la sostenida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Finalmente, otro importante sector, encabezado por la Corte Constitucional, sostiene que la acción de tutela puede ser interpuesta contra una sentencia cuando ésta constituya vía de hecho o cuando vulnere directamente los derechos fundamentales. Sin pretender desconocer esta importante polémica, lo cierto es que el presente texto es sobre las reglas de la acción de tutela, reglas que, por expreso mandato constitucional, deben ser fijadas bien por el legislador estatutario, ora por la Corte Constitucional. En consecuencia, serán estas reglas las que se recojan a fin de ilustrar a los jueces sobre la doctrina constitucional vigente en esta materia. En todo caso, para efectos de una mejor ilustración sobre la polémica existente, resulta relevante consultar las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia de 16 de junio de 1999, Rad. 3927. Ver también de la misma Sala de Casación, Sentencia de 3 de abril de 2000, Rad. 10797; Sentencia de 19 de marzo de 2002, Rad. 13396; Sentencia de 20 de agosto de 2004, Rad. 13034, Acción de Tutela N° 2192/2004. De la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia de Tutela de 19 de agosto de 2004, Rad. N° 17389. De la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia de 26 de enero de 2005, Exp. 11001-02-03-000-2005-00025; Sentencia de 15 de abril de 2002, Exp. 0051-01; Sentencia de 4 de febrero de 2005, Exp. 11001-02-03-000-2005-00072-00. Del Consejo de Estado: Auto del 29 de junio de 2004, Expediente AC-10203; Sentencia de Sección Cuarta de 16 de septiembre de 2004, Expediente AC-1004; Sentencia de Sala Plena de 3 de febrero de 1992, Expediente AC-015; Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de 2 de diciembre de 2004. Un resumen de estas posiciones se presenta en el punto 4.5. siguiente.” (BOTERO Marino, Catalina. “La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2006. pág. 52).*

se evidencia de manera clara la divergencia racional y hermenéutica que existe entre un pensamiento construido en “clave” constitucional, de otro diseñado dentro del esquema clásico del control de legalidad.

No obstante, el presente análisis no ha de versar sobre la referenciada tensión, *contrario sensu*, la pretensión del mismo gira alrededor de esbozar (sin ningún ánimo exhaustivo) *i*) el ingreso, *ii*) posicionamiento y *iii*) consolidación de la doctrina actual sostenida por la Corte Constitucional referente a las causales genéricas y específicas de procedibilidad de la tutela frente a providencias judiciales; y, en calidad de corolario *iv*) han de presentarse unas conclusiones en torno al tema *sub-examine*.

2. FASE DE INGRESO (1992-1994)

La fase de ingreso de la tutela contra providencias judiciales comienza a construirse con la sentencia C-543 de 1992 mediante la cual el máximo intérprete constitucional declara inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del decreto ley 2591 de 1991, normas que constituían el único desarrollo normativo explícito respecto de la posibilidad de utilizar la tutela para controvertir una sentencia judicial ejecutoriada.

No obstante el haber dejado sin efecto jurídico los artículos en comento (por considerar que atentaban contra el principio de seguridad jurídica y las normas de competencia fijadas por la Constitución), no significó – de conformidad con la *ratio decidend*⁵ – el hacer nugatoria de manera absoluta la posibilidad de acudir en amparo de tutela, ya que de manera excepcional y en calidad de mecanismo transitorio de protección puede ser utilizada cuando el juez (en su calidad de autoridad pública) incurra en dilaciones injustificadas, actuaciones de hecho que violen o amenacen los derechos fundamentales o cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable. Al respecto la Corte consideró:

“(…) Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones **de hecho** imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como estas no

5 Resulta de valía recordar que en las sentencias constitucionales (máxime las provenientes del control abstracto de constitucionalidad) tanto el *decisum* como la *ratio decidendi* son vinculantes.

puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia.(...)”⁶.

Pero es a partir de la sentencia T-079 de 1993 mediante la cual la Corte Constitucional comienza a construir una tesis propiamente dicha en atención de la procedencia de la tutela contra providencias judiciales en casos de existencia de vías de hecho, a partir de argumentos tales como los que se transcriben a continuación:

“(…) A los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones, les está vedado actuar por fuera de las funciones atribuidas por la Constitución o la ley. Una actuación de la autoridad pública se torna en una vía de hecho susceptible del control constitucional de la acción de tutela cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona. La doctrina de las vías de hecho, la cual tiene por objeto proscribir las actuaciones arbitrarias de la autoridad que vulneran los derechos fundamentales de las personas.”
(…)

“Carece de fundamento objetivo la actuación manifiestamente contraria a la Constitución y a la Ley. La legitimidad de las decisiones estatales depende de su fundamentación objetiva y razonable.

El principio de legalidad rige el ejercicio de las funciones públicas, es condición de existencia de los empleos públicos y su desconocimiento genera la responsabilidad de los servidores públicos. Una decisión de la autoridad no es constitucional solamente por el hecho de adoptarse en ejercicio de las funciones del cargo.

Ella debe respetar la igualdad de todos ante la ley, principio que le imprime a la actuación estatal su carácter razonable. Se trata de un verdadero límite sustancial a la discrecionalidad de los servidores públicos, quienes, en el desempeño de sus funciones, no pueden interpretar y aplicar arbitrariamente las normas, so pena de abandonar el ámbito del derecho y pasar a patrocinar simple y llanamente actuaciones de hecho contrarias al Estado de Derecho que les da su legitimidad.(…)”⁷

Dicha tesis comienza a ser sujeto de reiteraciones tales como la contenida en la sentencia T-158 de 1993 en donde se sostuvo:

“Aunque esta Corte declaró inexecutable el artículo 40 del Decreto 2591

6 Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

7 Corte Constitucional. Sentencia T-079 de 2003. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

de 1991(...), la doctrina acogida por esta misma Corporación, ha señalado que es procedente la acción de tutela cuando se ejerce para impedir que las autoridades públicas, mediante vías de hecho vulneren o amenacen derechos fundamentales. El caso que nos ocupa enmarca cabalmente dentro de los parámetros de esta excepción, por cuanto existe en él evidencia de una flagrante violación de la ley, constitutiva de una vía de hecho, en detrimento del derecho fundamental al debido Proceso. El caso que nos ocupa enmarca cabalmente dentro de los parámetros de esta excepción, por cuanto existe en él evidencia de una flagrante violación de la ley, constitutiva de una vía de hecho, en detrimento del derecho fundamental al debido proceso. (...) El proceso es un juicio y es lícito en cuanto implica un acto de justicia. Y como es evidente por la naturaleza procesal, se requieren tres condiciones para que un proceso sea debido: Primera, que proceda de una inclinación por la justicia; Segunda, que proceda de la autoridad competente; Tercera, que se profiera de acuerdo con la recta razón de la prudencia, en este caso, que se coteje integralmente toda pretensión, de tal manera que siempre esté presente el derecho de defensa, y que el juez en ningún momento se arrogue prerrogativas que no están regladas por la ley, ni exija, asimismo, requisitos extralegales. Siempre que faltaren estas condiciones, o alguna de ellas, el juicio será vicioso e ilícito: en primer lugar, porque es contrario a la rectitud de justicia el impedir el derecho natural a la defensa; en segundo lugar, porque si el juez impone requisitos que no están autorizados por la ley, estaría extralimitándose en sus funciones; en tercer lugar, porque falta la rectitud de la razón jurídica.” (...)»⁸

Aunado a lo anterior, la doctrina del tribunal constitucional comienza a introducir de manera clara y explícita que los fallos judiciales al incurrir en vías de hecho pierden su investidura de providencias judiciales, y, por lo tanto, decae su intangibilidad como expresión de la autonomía judicial, caso en el cual la tutela se torna procedente para proteger la amenaza o violación de los derechos fundamentales causada por las referenciadas vías de hecho. Al respecto, en la sentencia T-173 de 1993 se manifestó lo siguiente:

“(...) Las actuaciones judiciales cuya ostensible desviación del ordenamiento jurídico las convierte - pese a su forma – en verdaderas vías de hecho, no merecen la denominación ni tienen el carácter de providencias para los efectos de establecer la procedencia de la acción de tutela. No es el ropaje o la apariencia de una decisión sino su contenido lo que amerita la intangibilidad constitucionalmente conferida a la autonomía funcional del juez.
(..)

“De los párrafos transcritos aparece claro que la doctrina de la Corte ha efectuado un análisis material y ha establecido una diáfana distinción entre

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-158 de 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

las providencias judiciales -que son invulnerables a la acción de tutela en cuanto corresponden al ejercicio autónomo de la función judicial y respecto de las cuales existen, dentro del respectivo proceso, los medios judiciales de defensa establecidos por el ordenamiento jurídico- y las vías de hecho por cuyo medio, bajo la forma de una providencia judicial, quien debería administrar justicia quebranta en realidad los principios que la inspiran y abusa de la autonomía que la Carta Política reconoce a su función, para vulnerar en cambio los derechos básicos de las personas.

(...)

“En ese orden de ideas, la violación flagrante y grosera de la Constitución por parte del juez, aunque pretenda cubrirse con el manto respetable de la resolución judicial, puede ser atacada mediante la acción de tutela siempre y cuando se cumplan los presupuestos contemplados en el artículo 86 de la Constitución y no exista otro medio al alcance del afectado para la defensa de su derecho.(...)”⁹.

No obstante el anterior desarrollo, el concepto de vía de hecho se tornaba hasta el momento en algo muy abstracto y por demás en ocasiones subjetivo, al equipararlo a unas acciones groseras y ostensiblemente violatorias de los derechos fundamentales por parte del actuar funcional del juez al momento de proferir la providencia; por lo tanto, la Corte Constitucional en un claro avance en la construcción de su doctrina, profirió la sentencia T-231 de 1994 en donde por primera vez se introducen unas circunstancias claras y concretas causales (las cuales adoptarían la denominación de “defectos”) para reconocer cuando una sentencia deja de ser providencia judicial para convertirse en una expresión de vía de hecho. El desarrollo de la Corporación fue el siguiente:

La vía de hecho predicable de una determinada acción u omisión de un juez, no obstante poder ser impugnada como nulidad absoluta, es una suerte de vicio más radical aún en cuanto que el titular del órgano se desliga **por entero** del imperio de la ley. Si la jurisdicción y la consiguiente atribución de poder a los diferentes jueces, se hace con miras a la aplicación del derecho a las situaciones concretas y a través de los cauces que la ley determina, una modalidad de ejercicio de esta potestad que discurra ostensiblemente al margen de la ley, de los hechos que resulten probados o con abierta preterición de los trámites y procedimientos establecidos, no podrá imputarse al órgano ni sus resultados tomarse como vinculantes, habida cuenta de la “malversación” de la competencia y de la manifiesta actuación **ultra o extra vires** de su titular.

Si este comportamiento - abultadamente deformado respecto del

9 Corte Constitucional. Sentencia T-173 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

postulado en la norma - se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo), o en el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), o en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal (defecto fáctico), o en la actuación por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental), esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial.(...)¹⁰

Como puede advertirse, ésta fase de ingreso estuvo caracterizada por una repetida necesidad de aclarar el alcance hermenéutico de la *ratio decidendi* de la sentencia C-543 de 1992 ya que de la correcta interpretación o no que se diera a la misma, sería procedente o nugatoria la utilización de la figura de la tutela para atacar providencias judiciales ejecutoriadas.

Aunado a ello, se observa un claro intento por construir una línea de pensamiento jurisprudencial que fue de lo general (protuberantes y ostensibles actuaciones) hasta algo mucho más particular (defectos sustantivo, fáctico, orgánico y procedimental) para dar explicación de lo que es y constituye una vía de hecho.

3. FASE DE CONSOLIDACIÓN (1995 – 2004)

De la misma manera como la Corporación había venido nutriendo y reiterando su doctrina cada vez con mayor grado de concreción en cuanto a los defectos que caracterizarían la presencia de una vía de hecho, también seguía construyendo y afianzando las características *in genere* que debían presentarse para configurarse dicha acción.

Tal es el caso de la sentencia T-118 de 1995 mediante la cual se continua insistiendo en el carácter extraordinario de la tutela en contra de sentencias judiciales, y, aunado a ello, en la necesidad de establecer un estado de “protuberancia considerable” del error que debe haber cometido el juez para que alcance el *status* de vía de hecho. En atención a éste punto la Corte considero:

“(...) Esto significa que la vía de hecho es en realidad el ejercicio arbitrario de la función judicial, en términos tales que el fallador haya resuelto, no según la ley -que, por tanto, ha sido francamente violada- sino de acuerdo con sus personales designios.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-231 DE 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

No cualquier error cometido por el juez en el curso del proceso tiene el carácter de vía de hecho, pues entenderlo así implicaría retroceder al ritualismo que sacrifica a la forma los valores de fondo que deben realizarse en todo trámite judicial y, por otra parte, quedaría desvirtuada por una decisión de tutela la inexequibilidad declarada por la Sala Plena de la Corte Constitucional, que, se repite, ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional. Si, con arreglo al artículo 243 de la Constitución, en tal evento “ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”, tampoco los jueces, ni la propia Corte Constitucional en sus fallos de revisión, pueden revivir el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, con las salvedades que se hicieron explícitas en la Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992.

Así las cosas, para que pueda llegarse a entender que, de manera excepcional, procede la acción de tutela contra providencias judiciales -y con mayor razón contra sentencias que han alcanzado el valor de la cosa juzgada-, es indispensable que se configure y acredite una situación verdaderamente **extraordinaria**, que implique no solamente el incumplimiento de una norma jurídica que el juez estaba obligado a aplicar sino una equivocación de dimensiones tan graves que haya sido sustituido el ordenamiento jurídico por la voluntad del fallador”. (...)”¹¹

Es notoria la preocupación de la Corte por redundar en el carácter excepcional de la configuración de la vía de hecho, en la medida que a juzgar por la producción de algunos salvamentos de voto en la construcción de la doctrina, existe un cierto temor por la posibilidad de hacer nugatoria la autonomía e independencia del juez. Por lo tanto vuelve a reiterarse sobre el mismo punto en sentencia T-492 de 1995 en los siguientes términos:

“(...) Por lo tanto, a menos que la actuación del fallador se aparte de manera ostensible e indudable de la ley, en abierta imposición de su personal interés o voluntad, es decir que resuelva el conflicto planteado por fuera del orden jurídico, no tiene justificación una tutela enderezada a constreñir la libertad de que dispone el juez, investido de la autoridad del Estado, dentro de las reglas de la jurisdicción y la competencia, para proferir los actos mediante los cuales administra justicia.

La valoración del caso en sus elementos fácticos y jurídicos, a la luz de la normatividad aplicable, está reservada al juez competente, quien goza del poder que le otorga la ley para interpretarla y aplicarla, sin que necesariamente deba coincidir con la apreciación de otros jueces, pues repugna a la autonomía funcional que el criterio del juzgador, mientras

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-118 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

no se evidencie una flagrante transgresión del ordenamiento, pueda ser revocado sin sujeción a los procedimientos, recursos e instancias que él mismo contempla.

Entonces, la vía judicial de hecho -que ha sido materia de abundante jurisprudencia- no es una regla general sino una excepción, una anomalía, un comportamiento que, por constituir burdo desconocimiento de las normas legales, vulnera la Constitución y quebranta los derechos de quienes acceden a la administración de justicia. Es una circunstancia extraordinaria que exige, por razón de la prevalencia del Derecho sustancial (artículo 228 C.P.), la posibilidad, también extraordinaria, de corregir, en el plano preferente de la jurisdicción constitucional, el error que ha comprometido o mancillado los postulados superiores de la Constitución por un abuso de la investidura.

Naturalmente, ese carácter excepcional de la vía de hecho implica el reconocimiento de que, para llegar a ella, es indispensable la configuración de una ruptura patente y grave de las normas que han debido ser aplicadas en el caso concreto”(...).¹²

En la sentencia T-567 de 1998, la Corte recapitula y reitera la doctrina hasta ese momento desarrollada en tanto a los defectos que conducen a una vía de hecho; y, aunado a ello, continúa advirtiendo que existen otras exigencias genéricas para la procedencia de la tutela tales como que la violación sea contrastada a simple vista y que con dicha acción u omisión, se esté amenazando y/o conculcando derechos de naturaleza iusfundamental de una forma directa y fácilmente verificable. Al respecto la Corporación manifestó:

“(...) La Corte ha considerado que una providencia judicial constituye una vía de hecho cuando (1) presente un grave defecto sustantivo, es decir, cuando se encuentre basada en una norma claramente inaplicable al caso concreto; (2) presente un flagrante defecto fáctico, esto es, cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado; (3) presente un defecto orgánico protuberante, el cual se produce cuando el fallador carece por completo de competencia para resolver el asunto de que se trate; y, (4) presente un evidente defecto procedimental, es decir, cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones.

En suma, una vía de hecho se produce cuando el juzgador, en forma arbitraria y con fundamento en su sola voluntad, actúa en franca y absoluta desconexión con la voluntad del ordenamiento jurídico. La Sala no duda

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-492 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

en reiterar que la intervención del juez de tutela en una sentencia judicial, calificándola como una vía de hecho, sólo puede producirse en aquellos casos en que el vicio alegado sea constatable a simple vista. Adicionalmente, el defecto cuya remoción se persigue por vía de la acción de tutela debe conllevar, en forma inmediata, la violación de uno o múltiples derechos fundamentales, lo cual determina que sólo las decisiones judiciales cuyos efectos trasciendan el campo de los anotados derechos, en detrimento de éstos, pueden ser atacadas mediante la acción de tutela.

Mediante la Sentencia de Unificación SU-047 de 1999 la Corte Constitucional introduce la categoría de “vía de hecho prospectiva” para referirse a aquella situación en donde no se puede predicar de la actuación del juez una protuberante, ostensible o evidente arbitrariedad respecto de sus actos pasados que pudieran encuadrarse en alguno de los defectos estudiados; no obstante, si dichas actuaciones prosiguen por donde van e indefectiblemente ese camino conduciría a la violación clara, expresa y flagrante de derechos constitucionales fundamentales, entonces, en este caso, cabría la posibilidad de acudir a la acción de tutela (si no existe otro mecanismo de defensa judicial) para proteger a la persona de una futura pero segura configuración de una vía de hecho. Al respecto manifestó la Corporación:

“(…) A pesar de su aparente insolubilidad, esa paradoja puede ser fácilmente desatada, si se tiene en cuenta que una actuación judicial puede no haber sido protuberantemente irregular, por lo cual, hacia el pasado, no configura una vía de hecho; pero sin embargo, puede igualmente ser claro, que si las diligencias judiciales prosiguen por la orientación que ha sido fijada de manera inequívoca por el funcionario judicial, entonces indefectiblemente violará en el futuro precisos mandatos constitucionales, de suerte que se tornará inevitablemente en una vía de hecho. Es lo que podría denominarse una “vía de hecho prospectiva”, por cuanto, hacia el pasado, las decisiones del funcionario judicial, aunque discutibles, son inatacables por medio de la tutela, ya que siguen amparadas por la autonomía funcional de los jueces, por no ser protuberantemente defectuosas; sin embargo, una evaluación de sus inevitables resultados futuros permite concluir que el juez terminará por incurrir en una vía de hecho, al violar de manera manifiesta la Carta. En tales circunstancias, y siempre y cuando esos resultados futuros sean evidentes, y no exista otro mecanismo judicial de defensa, el juez constitucional puede intervenir a fin de enfrentar una amenaza a los derechos fundamentales, derivada de una actuación judicial, que inevitablemente devendrá en vía de hecho ya que, el artículo 86 superior es claro en señalar que esa acción procede en tales eventos.

(…)

Esta “vía de hecho prospectiva” es clara en el presente caso, puesto que, hasta ahora, la actuación de la Corte Suprema dista de ser arbitraria, pero, en caso de permitirse que ésta continúe, indefectiblemente desconocerá

la inviolabilidad del voto de los congresistas (CP art. 185), por cuanto esa Corporación judicial entrará a discutir y cuestionar judicialmente el sentido de la decisión adoptada por los Representantes al precluir el juicio contra el Presidente Samper, para lo cual, como ya se indicó, carece totalmente de competencia. De no intervenir el juez de tutela, el proceso contra la peticionaria inevitablemente devendría una vía de hecho, y desconocería su derecho fundamental al debido proceso (CP art. 29), por lo cual la tutela es procedente.(...)¹³

En la sentencia T-382 de 2001 la Corte hace un avance jurisprudencial expreso en tratándose de introducir la posibilidad de “superar” la concepción de vía de hecho para hacer procedente la tutela contra sentencias judiciales que no necesariamente incurran en una burda, protuberante y ostensible violación del ordenamiento (posibilidad que se venía desarrollando con cierto grado de “timidez” en las sentencias T-001 de 1999, T-1017 de 1999 y T-1072 de 2000) en tanto que la sentencia viole principios constitucionales, derechos fundamentales, sea irracional o contraevidente. Al respecto manifestó la Corte:

“(...) Ahora bien, aun cuando la tutela no es un mecanismo para controvertir las interpretaciones que los jueces hagan del ordenamiento jurídico, sustituyéndolas por otras que el juez de tutela considere mejores o más adecuadas, en ciertos eventos, es procedente la tutela cuando la interpretación de la ley por el juez ordinario contraviene los principios y valores constitucionales, derechos fundamentales o es contraevidente o irracional.

(...)

En efecto, la competencia del juez de tutela para controvertir la interpretación hecha por un juez ordinario está limitada por la autonomía e independencia que éste tiene en el ejercicio de su función (art. 228 C.P.). Sin embargo, estos dos principios constitucionales, propios de la administración de justicia, están condicionados, al igual que todo el conjunto de las acciones del Estado, por el principio de razonabilidad. Una interpretación legal que de manera manifiesta vaya en contra del ordenamiento jurídico, en detrimento de los derechos fundamentales de las personas no constituye un ejercicio de la autonomía, sino, una decisión ultra o extra vires, es decir, desviación de su juridicidad.(...)¹⁴

De la misma forma, se reitera mediante sentencia T-1031 de 2001, la existencia de la evolución jurisprudencial en los siguientes términos:

¹³ Corte Constitucional. Sentencia SU-047 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-382 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

“ (...) En la evolución jurisprudencial sobre la vía de hecho y el caso de la interpretación judicial, se observa que la Corte, de manera paulatina, ha construido una jurisprudencia que responde a los criterios antes señalados. De una postura inicial que rechazaba la posibilidad de la vía de hecho por interpretaciones judiciales, la Corte llegó a la conclusión provisional de que la tutela procede cuando la aplicación de la norma legal se basa en una “interpretación ostensible y abiertamente contraria a la norma jurídica aplicable”¹⁵. Con posterioridad, en sentencia T-382 de 2001, la Corte asumió una postura más amplia (...)

Esta evolución de la jurisprudencia implica que la Corte ha decantado los conceptos de capricho y arbitrariedad judicial. No sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad). Debe advertirse que esta corporación ha señalado que toda actuación estatal, máxime cuando existen amplias facultades discrecionales (a lo que de alguna manera se puede asimilar la libertad hermenéutica del juez), ha de ceñirse a lo razonable. Lo razonable está condicionado, en primera medida, por el respeto a la Constitución.(...)”¹⁶

En el año de 2003 se retoma la posición de avance en la concepción rígida de encontrar en la vía de hecho la única posibilidad jurídica para utilizar válidamente la tutela para controvertir providencias judiciales, es así como mediante la Sentencia T-441 de 2003 se introduce de forma clara la sistemática inclinación al cambio jurisprudencial en los siguientes términos:

“ (...) Sobre el particular, la Corte Constitucional precisa que en sus primeras decisiones hizo hincapié en el carácter absolutamente caprichoso y arbitrario de la decisión judicial para efectos de la procedencia de la acción de tutela, como se desprende de la sentencias T-08 de 1998. Con todo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha variado lentamente su postura, de manera que se ha abandonado como criterio básico la carencia de fundamentación legal y la construcción de los conceptos de capricho y arbitrariedad a partir de dicho elemento básico. (...)

11. La acción de tutela procede contra decisiones judiciales que violen derechos fundamentales, como se desprende de la sentencia C-543 de 1992. Este es el criterio básico que subyace a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

¹⁵ Sentencia SU-692 de 1999

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-1031 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Esta idea incluye, claro está, la situación de carencia de fundamentación legal de la decisión judicial, por cuanto constituye violación del principio de legalidad y del derecho fundamental al debido proceso, a él asociado.”

A partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, puede identificarse diversas situaciones genéricas de violación de la Constitución que autoriza la procedencia de tutela en contra de providencias judiciales, incluidas las sentencias.

En primer lugar, se encuentra los casos en los cuales la violación de la Constitución y la afectación de derechos fundamentales es consecuencia del desconocimiento de normas de rango legal, lo que corresponde a los defectos sustantivos que incluye el desconocimiento de sentencias con efectos erga omnes-, orgánico y procedimental. En segundo lugar, aquellas relativas a graves problemas relacionados con el soporte fáctico de los procesos, o sea por omisión en práctica o decreto de pruebas o indebida valoración de las mismas -, que se conoce como el defecto fáctico. Estos defectos son los que originariamente definieron el concepto de vía de hecho judicial. En tercer lugar, se encuentra las situaciones en las cuales la violación de los derechos fundamentales por parte del funcionario judiciales es consecuencia de su inducción en error, lo que corresponde a lo que la jurisprudencia ha denominado vía de hecho por consecuencia.

De otro lado se encuentran situaciones en las cuales la providencia judicial presenta graves e injustificados problemas en su decisión consistentes en la insuficiente sustentación o justificación del fallo y el desconocimiento del precedente judicial, particularmente el de la Corte Constitucional.

Finalmente se tienen las situaciones en las cuales se incurre en violación directa de la Constitución y de los derechos fundamentales de alguna de las partes. Se trata de las hipótesis en las cuales la decisión se apoya en la interpretación de una disposición en contra de la Constitución, y aquellas en las cuales el funcionario judicial se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando la violación de la Constitución resulta manifiesta y la negativa de resolver el punto ante una solicitud expresa por alguna de las partes en el proceso.

En todas estas situaciones, la procedencia de la tutela en contra de la decisión judicial está condicionada a la existencia de una violación de un derecho fundamental (C.P. art. 86).

Teniendo presente lo expuesto, la postura de las Sala de Casación Civil y Laboral resultan en extremo limitadas frente al abanico de opciones de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales reconocido por la Corte Constitucional y que constituyen precedente en la materia. (...)¹⁷

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-441 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Esta evolución de “abandono” de la vía de hecho como sustento único para que se diera la posibilidad jurídica de atacar sentencias judiciales es reiterada en las sentencias T-462¹⁸ y T-589¹⁹ de 2003; no obstante, la mutación dogmática que se hace sobre el particular se da en la sentencia T-949 de 2003 en donde claramente se abandona la expresión “vías de hecho” y es reemplazada por “causales de procedibilidad”; y, aunado a ello, se acuñan otras causales (desconocimiento del precedente, error inducido, decisión sin motivación y violación directa de la constitución) que se suman a las ya establecidas desde la sentencia T-231 de 1994. La transformación citada fue expresada por la Corte en los siguientes términos:

“ (...) Esta Corte en sentencias recientes²⁰ ha redefinido dogmáticamente el concepto de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Esta redefinición ha operado a partir del poder de irradiación del principio de eficacia de los derechos fundamentales (art. 2 C.P.) y de una interpretación sistemática de diversas disposiciones de la Constitución (arts. 1, 2, 13, 86, 228 y 230 C.P.).

En esta tarea se ha reemplazado el uso conceptual de la expresión “vía de hecho” por la de “causales genéricas de procedibilidad”. Lo anterior ha sido inducido por la urgencia de una comprensión diferente del procedimiento de tutela con tal de que permita “armonizar la necesidad de proteger los intereses constitucionales que involucran la autonomía de la actividad jurisdiccional y la seguridad jurídica, sin que estos valores puedan desbordar su ámbito de irradiación y cerrar las puertas a la necesidad de proteger los derechos fundamentales que pueden verse afectados eventualmente con ocasión de la actividad jurisdiccional del Estado.”²¹

Por lo anterior, todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente, cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad; es decir, una vez haya constatado la existencia de alguno de los seis eventos suficientemente reconocidos por la jurisprudencia: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación, (v) desconocimiento del precedente y (vi) violación directa de la Constitución.

18 M.P. Eduardo Montealgre Lynett.

19 M.P. Eduardo Montealgre Lynett.

20 Cfr., Sentencia T-441, T-462 y T-589 de 2003

21 Cfr., Sentencia T-462 de 2003

Para la Corte, no se trata de una modificación sustantiva del régimen de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, implica, en cambio, una revisión sistemática de la práctica jurisprudencial de la Corte que consulta la doble necesidad de sistematización y racionalización de la actividad jurisprudencial, y de coherencia y fidelidad con los mandatos constitucionales.(...)"

Finalmente ésta posición es reiterada y acatada en toda su extensión por las sentencias T-200 de 2004²² y T-774 de 2004²³.

De ésta manera se describe una fase de posicionamiento de la doctrina caracterizada por la prolija producción de sentencias de reiteración y de unificación, en un intento válido por afianzar (cada vez con mayor efecto irradiador) los criterios generales y específicos que permiten la posibilidad jurídica para utilizar la acción de tutela para atacar fallos judiciales ejecutoriados (aún los provenientes de las altas Cortes).

Es notoria en ésta etapa el estudio de diversos y disímiles acontecimientos y circunstancias que del análisis de caso permitieron la construcción teórica de la nueva dogmática que se incorpora a la doctrina como es el hecho de reemplazar la vía de hecho por la configuración de causales de procedibilidad tal como fue descrito en el presente acápite.

4. FASE DE CONSOLIDACIÓN (2005 – A LA FECHA)

Esta fase inicia con la recapitulación dogmática más importante que hasta el momento se había dado en la línea jurisprudencial que se ha descrito; dicho logro tiene la bondad no solo de unificar de manera integrada los diferentes aspectos que venían siendo objeto de defensa, sino además, brinda una guía clara y concreta respecto de las causales genéricas y específicas que han de evaluarse al realizar el examen de procedibilidad de las acciones de tutela instauradas contra providencias judiciales.

La referenciada "compilación" se da con la sentencia de control abstracto C-590 de 2005 (posteriormente reiterada por la sentencia SU-813 de 2007)²⁴ de la cual se expondrá varios aspectos que fungen como pilares de la consolidación de la línea en la materia *sub-examine*.

22 M.P. Clara Inés Vargas.

23 M.P. Manuel José Cepeda.

24 M.P. Jaime Araujo Rentería.

En primer lugar, resulta importante acotar un aspecto sustantivo que edifica la evolución en el pensamiento hasta ahora acuñado, en la medida que resulta de valía encontrar que la sentencia destaca el papel protagónico que tiene para el sistema de derechos fundamentales la existencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales al catalogarla como el instrumento más importante de actualización del derecho que permite incorporarle sistemáticamente los principios y valores que inspiran el Estado Social de Derecho. Respecto del particular expuso la Corte:

“ (...) La acción de tutela -o el llamado recurso de amparo o recurso de constitucionalidad- contra sentencias constituye uno de los ejes centrales de todo el sistema de garantía de los derechos fundamentales. Este instrumento se convierte no sólo en la última garantía de los derechos fundamentales, cuando quiera que ellos han sido vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad judicial, sino que sirve como instrumento para introducir la perspectiva de los derechos fundamentales a juicios tradicionalmente tramitados y definidos, exclusivamente, desde la perspectiva del derecho legislado. En otras palabras, la tutela contra sentencias es el mecanismo máspreciado para actualizar el derecho y nutrirlo de los valores, principios y derechos del Estado social y democrático de derecho.(...)”²⁵.

En segundo lugar, la sentencia (desde el punto de vista adjetivo) recoge los elementos principales de la evolución de la línea y divide de manera clara las causales o requisitos de procedibilidad en generales y específicos; los primeros aluden a aquellos requisitos que habilitan de manera general la acción de tutela; es decir que fungen como presupuestos para que se configure la posibilidad de acudir en sede de amparo; los segundos, se refieren a los requisitos exigidos como instrumentos de ataque respecto de la providencia misma; es decir, las causales por las cuales se puede predicar la “irregular producción” de una sentencia judicial. En atención a lo expuesto la Corporación manifestó:

“ (...) En ese marco, los casos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales han sido desarrollados por la doctrina de esta Corporación tanto en fallos de constitucionalidad, como en fallos de tutela. Esta línea jurisprudencial, que se reafirma por la Corte en esta oportunidad, ha sido objeto de detenidos desarrollos. En virtud de ellos, la Corporación ha entendido que la tutela sólo puede proceder si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesto. (...)”²⁶

25 Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

26 Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Con el fin de estudiar de manera detenida cada una de las causales o requisitos se expondrán divididos en la categorías ya anotadas, siguiendo no solo la descripción que ofrece la sentencia C-590 de 2005 sino además se nutrirá la exposición con otros desarrollos jurisprudenciales sobre la materia para dilucidar con mayor suficiencia la fase de consolidación de la doctrina constitucional en estudio.

5. CAUSALES GENÉRICAS DE PROCEDIBILIDAD DE LA TUTELA CONTRA SENTENCIAS JUDICIALES

Como ya se anotó, las causales genéricas hacen referencia a los requisitos que posibilitan la interposición de la acción. Resulta válido anotar que son los mismos requisitos para interponer cualquier acción de tutela, pero en el caso de las acciones promovidas en contra de providencias judiciales el examen es mucho más exigente y cuidadoso, en la medida que como ya se manifestó en repetidas ocasiones, la acción de tutela en estos casos es excepcional.

Al respecto anota la Corporación:

“ (...) Las causales genéricas de procedibilidad se refieren a aquéllos requisitos que en general se exigen para la procedencia de la acción de tutela, pero que referidas al caso específico de la tutela contra providencias judiciales adquieren un matiz especial. La particularidad se deriva del hecho de que en estos casos la acción se interpone contra una decisión judicial que es fruto de un debate procesal y que en principio, por su naturaleza y origen, debe entenderse ajustada a la Constitución.

(...) Adicionalmente, las llamadas causales genéricas de procedibilidad, tienden a garantizar que no exista abuso en el derecho de acción, así como los deberes mínimos procesales de las partes. En criterio de la Corte la exigencia de estos deberes –como el deber de lealtad, diligencia, etc.– es necesaria para que pueda existir una adecuada cooperación social y una mayor y mejor satisfacción de todos los bienes y principios implicados en cada proceso. Adicionalmente, algunas de las llamadas causales genéricas de procedibilidad tienden a promover que el juez ordinario pueda pronunciarse sobre el asunto constitucionalmente relevante. En este sentido no puede olvidarse que uno de los más importantes efectos de la tutela contra providencias judiciales es la constitucionalización del derecho legislado, gracias a la aplicación de la Constitución a la hora de resolver las causas ordinarias. Ello simplemente no se logra si no se permite al juez ordinario pronunciarse sobre la cuestión iusfundamental debatida. (...)”²⁷

27 Corte Constitucional. Sentencia SU-813 de 2007. M.P. Jaime Araujo Rentería.

Las citadas causales genéricas son a saber:

5.1 QUE LA CUESTIÓN QUE SE DISCUTA RESULTE DE EVIDENTE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL

Es claro en todo el desarrollo de la línea jurisprudencial que no cualquier tema o circunstancia resulta procedente para su estudio en sede de amparo, *contrario sensu*, solo aquellas cuestiones de palmaria importancia constitucional serían susceptibles de ser consideradas.

Lo anterior se justifica en el hecho de reconocer que la acción de tutela es el instrumento más eficaz de protección frente a la amenaza o violación de los derechos fundamentales y como estos son (por definición) uno de los pilares de la Constitución y del mismo Estado Constitucional su conculcación, mengua, morigeración, desconocimiento, amenaza, etc. será relevante por la naturaleza que los acompaña.

Lo anterior pone de manifiesto la relación inescindible entre relevancia constitucional y derechos fundamentales.

Al respecto la Corte Constitucional ha manifestado:

“ (...) Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones²⁸. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.(...)”²⁹.

“ (...) Al respecto, la Corte Constitucional ha afirmado que para evaluar la procedibilidad de la acción, el juez debe i) evaluar si se discute la vulneración o amenaza de un derecho fundamental; ii) descartar que se trate de un derecho exclusivamente de rango legal; iii) considerar la posibilidad de que el derecho legal en discusión vulnere o amenace directamente un derecho fundamental; iv) verificar si aún tratándose de un derecho meramente legal, existe la posibilidad de que se cause un perjuicio irremediable con respecto a los derechos fundamentales.(...)”³⁰.

28 Sentencia 173/93.

29 Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

30 Corte Constitucional. Sentencia T-683 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

5.2. QUE SE HAYA AGOTADO TODOS LOS MEDIOS—ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS— DE DEFENSA JUDICIAL AL ALCANCE DE LA PERSONA AFECTADA, SALVO QUE SE TRATE DE LA CONSUMACIÓN DE UN PERJUICIO IUSFUNDAMENTAL IRREMEDIABLE

La anterior exigencia refuerza el carácter subsidiario que tiene la acción de tutela, en la medida que ésta es procedente solo cuando se haya agotado los mecanismos judiciales ordinarios y subsista la amenaza o violación de los derechos fundamentales reclamados.

El juez de tutela no reemplaza al juez de instancia, así como los controles constitucionales no pretenden reemplazar a los controles ordinarios. Por lo tanto, se exige del actor la mayor diligencia en el agotamiento del debate jurídico ordinario, teniendo como excepción la existencia clara, evidente y probada de un perjuicio irremediable, caso en el cuál la acción de tutela habrá de tramitarse como mecanismo transitorio de protección.

En atención a éste punto la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

“(...) La acción de tutela entonces es subsidiaria, procede sólo cuando los derechos que se invocan como vulnerados no puedan ser protegidos por medios judiciales ordinarios, que tienen preferencia. Cuando el juez incurre en una vía de hecho, es posible corregir el error mediante los recursos establecidos dentro del proceso, la reposición, la apelación y el extraordinario de casación, reservándose la tutela para un momento posterior, cuando se han agotado los medios de defensa ordinarios, conservándose así su carácter residual. No es posible entonces, entablar la acción de tutela como si la jurisdicción constitucional fuera una jurisdicción paralela, para proteger derechos fundamentales cuya protección también se ha solicitado por otro instrumento procesal idóneo, desplazando al juez natural que existe para resolver el asunto en litigio, sobre todo tratándose de una interpretación judicial que en sí misma es una facultad del juez de conocimiento, y por consiguiente debe ser definido dentro de las instancias y las jerarquías establecidas dentro de la jurisdicción ordinaria. (...)”³¹.

“(...) En este sentido, la acción de tutela no suplanta ni reemplaza a los mecanismos ordinarios ni puede servir para remediar la negligencia de alguna de las partes procesales. Se trata, simplemente, de una revisión extraordinaria y excepcional de la constitucionalidad de las decisiones judiciales cuando la persona presuntamente afectada ha agotado todos los recursos a su alcance y se encuentra, por lo tanto, en condiciones de indefensión. Si las acciones y recursos judiciales ordinarios y extraordinarios han operado adecuadamente, nada nuevo tendrá que decir el juez de

³¹ Corte Constitucional. Sentencia T-504 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonel.

tutela, pues los jueces ordinarios habrán cumplido a cabalidad con la tarea de garantizar los derechos fundamentales concernidos”. (...)”³².

“(…) En primer lugar (...) la acción de tutela no es un mecanismo para suplir la inactividad por negligencia o incuria de las partes procesales. Si no fuera así, se estarían sacrificando los principios de eficiencia y eficacia de la administración de justicia y patrocinando el uso abusivo de un bien público escaso en nuestro país: la justicia. En segundo lugar, porque la inactividad procesal tiene efectos claros en materia de derechos e intereses legítimos de terceros que el ordenamiento jurídico no puede simplemente desatender. (...) Y, finalmente, porque como ya se dijo, uno de los propósitos de la subsidiariedad de la tutela contra providencias judiciales, radica en que el juez ordinario pueda pronunciarse, en primera instancia, sobre la cuestión constitucional debatida. Con ello se promueve, de forma cierta y eficaz, la irradiación de los bienes, valores y derechos constitucionales sobre todo el ordenamiento jurídico. Para ello, sin embargo, es necesario exigir a las partes que antes de someter la cuestión debatida a sede constitucional, la sometan a decisión del juez ordinario”(…)”³³.

Aunado a lo anterior, se ha reconocido la procedencia de la acción en los casos que a pesar de existir imposibilidad real de ejercer los derechos dentro del proceso ordinario. Al respecto ha manifestado la Corporación:

“(…) Si bien por regla general la inactividad del actor ante la justicia ordinaria hace improcedente el mecanismo tutelar, tal regla no es absoluta ya que se ha aceptado que en casos excepcionales es posible absolver la omisión procesal, siempre que se compruebe la imposibilidad real de ejercer la defensa de los derechos dentro del proceso ordinario. En la Sentencia SU-813 de 2007 ya citada, se indicó que el deber de diligencia mínima es menos riguroso cuando se trata de fuerza mayor o caso fortuito, en los cuales al afectado le era imposible ejercer la defensa de sus derechos en el proceso ordinario. Sin embargo, en cada evento es deber del juez de tutela “evaluar con extremo cuidado la circunstancia de quien incurrió en una eventual falta de diligencia y relevar al actor de este requisito cuando encuentra que durante todo el proceso le resultó física o jurídicamente imposible actuar.” Por su parte, corresponderá a cada interesado invocar y demostrar una justificación razonable, que permita al juez de tutela decidir sobre la admisión de la excepción al requisito de procedibilidad.(…)”³⁴

32 Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

33 Corte Constitucional. Sentencia SU-813 de 2007. M.P. Jaime Araujo Rentería.

34 Corte Constitucional. Sentencia T-108 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio.}

5.3. LA INMEDIATEZ DE LA ACCIÓN

Si bien cierto que la acción de tutela no tiene término de caducidad, también lo es que dicho amparo debe ejercerse dentro de un término razonable para evitar (entre otras cosas) que se convierta en un factor de inseguridad jurídica o que desnaturalice la acción. En torno a éste requisito ha manifestado el máximo intérprete constitucional que:

“(…) En suma, la Corte ha entendido que la tutela contra una decisión judicial debe ser entendida, no como un recurso último o final, sino como un remedio urgente para evitar la violación inminente de derechos fundamentales. En esta medida, recae sobre la parte interesada el deber de interponer, con la mayor diligencia, la acción en cuestión, pues si no fuera así la firmeza de las decisiones judiciales estaría siempre a la espera de la controversia constitucional que en cualquier momento, sin límite de tiempo, pudiera iniciar cualquiera de las partes. En un escenario de esta naturaleza nadie podría estar seguro sobre cuáles son sus derechos y cual el alcance de éstos, con lo cual se produciría una violación del derecho de acceso a la administración de justicia – que incluye el derecho a la firmeza y ejecución de las decisiones judiciales – y un clima de enorme inestabilidad jurídica. En consecuencia, la tensión que existe entre el derecho a cuestionar las decisiones judiciales mediante la acción de tutela y el derecho a la firmeza de las sentencias y a la seguridad jurídica, se ha resuelto estableciendo, como condición de procedibilidad de la tutela, que la misma sea interpuesta, en principio, dentro de un plazo razonable y proporcionado.(…)”³⁵

“(…) Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración³⁶. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.(…)”³⁷

“(…) A este respecto no sobra recordar que, en principio, la tutela no tiene un término de caducidad expresamente señalado en la Constitución o en la ley. En consecuencia, mientras subsista la violación del derecho fundamental, resulta procedente la acción. Sin embargo, cuando se está frente a una eventual vulneración de la Constitución, producida por una decisión judicial que el afectado no controvierte y el paso del tiempo da lugar a que se consoliden situaciones jurídicas que favorecen

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-315 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³⁶ Ver entre otras la reciente Sentencia T-315/05.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

derechos fundamentales de terceros de buena fe, o bienes constitucionalmente protegidos de igual importancia que los derechos que se persigue proteger, la Corte ha considerado necesario aplicar el llamado principio de inmediatez.

En criterio de la Corte, la exigencia de un término razonable³⁸ entre la vulneración de los derechos fundamentales del accionante y la presentación de la tutela³⁹, evita el uso de este mecanismo constitucional como herramienta supletiva de la propia negligencia o como elemento que propicie la afectación injustificada de los derechos o intereses de terceros interesados.⁴⁰

La jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que para determinar si el actor ha cumplido o no con el requisito de inmediatez, deben tenerse en cuenta, en cada caso concreto⁴¹, aspectos tales como: (i) si existe un motivo válido para la inactividad del accionante, como la absoluta incapacidad para ejercer la defensa de sus derechos; (ii) si la procedencia de la acción, luego de la inactividad injustificada, podría causar la lesión de derechos fundamentales de terceros o de bienes constitucionalmente protegidos y, (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de esos terceros de buena fe o de los bienes que la Constitución ordena proteger.⁴²(...)⁴³

“(...) La inmediatez configura un requisito de procedibilidad de la acción de tutela, como quiera que se trata de una acción subsidiaria, de justiciabilidad de los derechos fundamentales, que exige de su ejercicio en un término prudencial, esto es, con cierta proximidad y consecuencia a la ocurrencia de los hechos de los que se predique la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales. En consecuencia, cuando por negligencia

38 *“La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros. Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción. En jurisprudencia reiterada, la Corte ha determinado que la acción de tutela se caracteriza por su ‘inmediatez’. (...) Si el elemento de la inmediatez es consustancial a la protección que la acción brinda a los derechos de los ciudadanos, ello implica que debe ejercerse de conformidad con tal naturaleza. Esta condiciona su ejercicio a través de un deber correlativo: la interposición oportuna y justa de la acción”*(Sentencia SU-961 de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.)

39 *Entre otras pueden verse las sentencias SU-961 de 1999, T-173 y T-575 de 2002 y T-370 de 2005.*

40 *Sentencia T-1089 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Gálvis.*

41 *Sentencia T-684 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett y T-123 de 2007, M. P. Álvaro Tafur Galvis.*

42 *Sentencia T-1086 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. “El desconocimiento del concepto de plazo razonable por parte del actor en sede de tutela, en atención a los hechos relevantes de cada caso, implica a saber: i) que la inactividad del peticionario no se encuentre validamente justificada; ii) que se vulneren derechos de terceros o se desnaturalice el amparo solicitado; y iii) que se configure un nexo causal suficiente entre los dos requisitos anteriores.”* (Sentencia T-108 de 2006, M. P. Jaime Araujo Rentería).

43 *Corte Constitucional. Sentencia SU-813 de 2007. M.P. Jaime Araujo Rentería.*

o incuria se hayan dejado vencer términos o no se haya hecho uso de todos los recursos que brinda el ordenamiento jurídico, esta acción constitucional deviene improcedente. Igual ocurre cuando se deja transcurrir un término que resulta desproporcionado desde el momento en que acaeció la presunta afectación hasta el momento de presentación de la solicitud de amparo, por cuanto, como viene de decirse, es de la naturaleza de esta acción, la protección *inmediata* para que cese la vulneración, o en caso de amenaza, ésta no llegue a concretarse.(...)”⁴⁴.

5.4. LA IRREGULARIDAD PROCESAL (CUANDO ÉSTE SEA EL CASO) DEBE TENER UN EFECTO DIRECTO Y DETERMINANTE SOBRE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y QUE AFECTA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PARTE ACTORA

La Corte ha considerado que cuando el fundamento de la alegación de existencia de vía de hecho recaiga en una irregularidad de carácter procesal o adjetivo, es requisito *sine quanon*, que dicho vicio sea influyente y determinante en la toma de la decisión de fondo y que producto de dicha irregularidad se vean amenazados y/o conculcados derechos de raigambre fundamental. No obstante, dichos requisitos predicables de la actuación procesal para que tenga la calidad de causal genérica de procedibilidad, son relevados en tratándose de que la irregularidad adjetiva genere de manera evidente una lesión grave a los derechos fundamentales de forma directa, como por ejemplo la obtención de una confesión por medio la tortura. Al respecto la Corte sostuvo:

“ (...) No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.(...)”⁴⁵.

Una aplicación muy práctica de la aplicación de éste requisito lo podemos evidenciar en la sentencia SU-813 de 2007 en donde la Corporación indicó:

“ (...) El cuarto requisito exigido para que proceda la tutela contra providencias judiciales, consiste en verificar que las irregularidades procesales tengan o puedan tener un efecto decisivo en la decisión judicial de fondo. En estos casos la decisión de no terminar los procesos ejecutivos podía conducir a la pérdida de la vivienda del deudor. Por esta razón, frente

⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-129 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

a procesos ejecutivos hipotecarios en curso a 31 de diciembre de 1999, este requisito se entiende satisfecho.(...)⁴⁶.

5.5. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO VULNERADO Y LAS CAUSAS DE LA VULNERACIÓN

A pesar que éste requisito no sería *in stricto* predicable de la acción de tutela en términos generales, la Corte ha estimado que cuando se trata de la utilización de éste mecanismo de amparo contra sentencias judiciales, los requisitos se tornan más exigentes, en la medida que se encuentra en juego el hecho de probar la excepcionalidad de la medida ya que por regla amplia y general dicho mecanismo es improcedente ante providencias judiciales en aras del respeto a la autonomía judicial, la seguridad jurídica, la cosa juzgada, etc.

Por lo tanto, se torna en una carga procesal para el actor, la identificación tanto del derecho que se considera amenazado y/o vulnerado así como las causas o razones en que se funda.

En desarrollo de éste requisito la Corte Constitucional ha sostenido:

“(...) Ahora bien, no escapa a la Corte que el procedimiento de la acción de tutela es breve y sumario y que todos los jueces y magistrados, sin importar su especialidad, son competentes para garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales cuando esta se solicita a través de la tutela. En estas condiciones, sería una carga desproporcionada exigir al juez constitucional que estudiara en detalle el proceso judicial para verificar si a causa de alguna falla en la defensa del procesado se produjeron los dos efectos que han sido anotados. En consecuencia, como ya lo ha manifestado esta Corporación, corresponde al actor indicar con precisión en qué consiste la violación de su derecho a la defensa y de qué manera ésta se refleja en la sentencia impugnada originando uno de los defectos antes mencionados, así como la vulneración ulterior de sus derechos fundamentales.(...).”⁴⁷

“(...) Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.(...).”⁴⁸.

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU-813 de 2007. M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-654 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005. Jaime Córdoba Triviño.

5.6. QUE NO SE TRATE DE SENTENCIAS DE TUTELA

Esta causal genérica pretende evitar que por la vía de la “tutela contra tutela” se prolongue la decisión de los casos de manera indefinida; aunado a ello, las razones de fondo que sustentan dicho requisito están en la especialidad que tiene el juez de tutela, quien evidentemente en ejercicio del control de constitucionalidad en concreto, trabaja directamente respecto de la protección y garantías de los derechos fundamentales, cosa distinta del juez ordinario cuya principal preocupación (aunque no debiera ser así) la constituye el control de legalidad.

Sin embargo, esto no quiere decir que los jueces de tutela sean infalibles, solo que frente a una presunta vía de hecho existe un doble control de constitucionalidad posible: el primero, es el que puede realizar el *ad-quem* cuando el fallo es impugnado y el segundo, la revisión eventual y extraordinaria que pueda realizar la Corte Constitucional⁴⁹. Respecto del particular la Corte ha sostenido:

“ (...) Ahora bien, los jueces de tutela también pueden incurrir en arbitrariedades inexcusables al proferir una sentencia de tutela, que sitúan su conducta en los extramuros del derecho. Frente a esta posibilidad la persona no debe quedar inerte. En este evento, el ordenamiento jurídico colombiano ha establecido un mecanismo de control para evitar la vulneración de los derechos fundamentales mediante sentencias de tutela, en nombre de la defensa de los mismos. Es así como la misma Constitución en su artículo 86 inciso 2, segunda oración, dispone:

“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.”

El mecanismo constitucional diseñado para controlar las sentencias de tutela de los jueces constitucionales que conocen y deciden sobre las acciones de tutela, por decisión del propio Constituyente, es el de la revisión por parte de la Corte Constitucional. Esta regulación, no sólo busca unificar la interpretación constitucional en materia de derechos fundamentales sino erigir a la Corte Constitucional como máximo tribunal de derechos constitucionales y como órgano de cierre de las controversias sobre el alcance de los mismos. Además, excluye la posibilidad de impugnar las sentencias de tutela mediante una nueva acción de tutela ¿ bajo la modalidad de presuntas vías de hecho - porque la Constitución definió directamente las etapas básicas del procedimiento de tutela y previó que los errores de los jueces de instancia, o inclusive sus

⁴⁹ Aunado a que ésta puede ser sugerida a través de la solicitud que se haga a través del defensor del pueblo.

interpretaciones de los derechos constitucionales, siempre pudieran ser conocidos y corregidos por un órgano creado por él: la Corte Constitucional, y, por un medio establecido también por él: la revisión.

(...)

“Ahora bien, la importancia de evitar que toda sentencia de tutela pueda impugnarse, a su vez, mediante una nueva tutela, con lo que la resolución del conflicto se prolongaría indefinidamente en desmedro tanto de la seguridad jurídica como del goce efectivo de los derechos fundamentales, radica en la necesidad de brindar una protección cierta, estable y oportuna a las personas cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados o amenazados. De allí la perentoriedad de los plazos para decidir, la informalidad del procedimiento y el mecanismo de cierre encomendado a la propia Corte Constitucional, v.gr. el trámite procesal de la revisión eventual, con miras a garantizar la unificación de criterios y la supremacía constitucional. Todo ello por decisión del Constituyente, que optó por regular de manera directa la acción de tutela y no siguió la técnica tradicional de deferir al legislador estos aspectos de orden procedimental. (...)”⁵⁰.

“(...) Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.(...)”⁵¹

6. CAUSALES ESPECÍFICAS DE PROCEDIBILIDAD DE LA TUTELA CONTRA SENTENCIAS JUDICIALES

Así como las causales genéricas de procedibilidad se constituyen en requisitos que habilitan la interposición de la acción de tutela, las causales específicas persiguen verificar la procedencia de la misma una vez verificada la validez de su interposición; es decir que mediante las primeras (generales) se pretende determinar la posibilidad de considerar el caso como sujeto de revisión, las segundas (específicas) se centran en el estudio de la providencia que se ataca en sede de amparo y en las deficiencias que debe tener para que materialmente la acción prospere.

Las causales genéricas de procedibilidad que de conformidad con la doctrina constitucional actual se han establecido, son las siguientes:

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia SU-1219 DE 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

6.1 DEFECTO ORGÁNICO

Este se produce cuando *“el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello”*⁵²; es decir que la incompetencia relativa (aquella que puede ser subsanada) no basta para configurar defecto orgánico.

Para que esta causal se produzca, es requisito *sine quanon* que el funcionario esté despojado absolutamente de competencia funcional ya sea porque actúa sin estar habilitado por instrumento jurídico alguno; o, porque a pesar de existir acto habilitante éste fue expedido a su vez por un funcionario incompetente o es abiertamente contrario a derecho.

En tratándose de ésta causal específica de procedibilidad ha sostenido:

*“(...) Si se comete la equivocación de tramitarse un asunto jurídico por la jurisdicción que no corresponde, surge la vía de hecho en cuanto se habría proferido un remedio de sentencia. Si un funcionario de la jurisdicción ordinaria falla un proceso que corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, incurre en una ostensible vía de hecho, no justificable por el silencio de las partes o por la desidia del mismo juez de plantear en cualquier instante procesal la nulidad insaneable de falta de jurisdicción. Además, la existencia de un juez competente no solamente surge del ordenamiento nacional sino de disposiciones internacionales aplicables en Colombia, con carácter prevalente, como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.(...)”*⁵³.

*“(...) solo en aquellos casos en los cuales el acto que adscribe la competencia resulte manifiestamente contrario a derecho –bien por la notoria y evidente falta de idoneidad del funcionario que lo expidió, ora porque su contenido sea abiertamente antijurídico-, el juez constitucional puede trasladar el vicio del acto habilitante al acto que se produce en ejercicio de la atribución ilegalmente otorgada. Sólo en las condiciones descritas puede el juez constitucional afirmar que la facultad para proferir la decisión judicial cuestionada no entra dentro de la órbita de competencia del funcionario que la profirió y, por lo tanto, constituye una vía de hecho por defecto orgánico.(...)”*⁵⁴

“(...) Ahora bien, el análisis adelantado en la presente sentencia muestra que, debido a la inviolabilidad de los congresistas, la Corte

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005. Jaime Córdoba Triviño.

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia T-668 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-324 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Suprema carece, por expresa prohibición constitucional, y de manera absoluta, de competencia para investigar el sentido del voto emitido por la peticionaria en el juicio al Presidente Samper. Por ende, la indagación judicial por un eventual prevaricato de la peticionaria, y en general de cualquier congresista, en el momento de votar u opinar en ese juicio, configura una clara vía de hecho, por carencia absoluta de competencia del funcionario judicial para inquirir sobre el sentido de los votos y opiniones de los representantes del pueblo.(...)⁵⁵.

6.2. DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO

Esta causal de procedibilidad específica se genera cuando el funcionario judicial actúa completamente al margen del procedimiento jurídico establecido; es decir, que a pesar de estar bajo atribución competencial el juez se aparta por completo de las normas procesales aplicables al caso que está bajo su examen.

No obstante es de anotar, que para que ésta causal proceda, dicha actuación irregular del juez debe afectar de manera directa el debido proceso, de forma relevante el fallo de fondo y no ser imputable al afectado.

Sobre el particular la Corte se ha pronunciado de la siguiente forma:

“(...) Defecto procedimental absoluto, falencia que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. Igual que en el caso anterior, la concurrencia del defecto fáctico tiene naturaleza cualificada, pues se exige que se esté ante un trámite judicial que se haya surtido bajo la plena inobservancia de las reglas de procedimiento que le eran aplicables, lo que ocasiona que la decisión adoptada responde únicamente al capricho y la arbitrariedad del funcionario judicial y, en consecuencia, desconoce el derecho fundamental al debido proceso. Sobre el particular, la Corte ha insistido en que el defecto procedimental se acredita cuando “...el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones y actúa de forma arbitraria y caprichosa, con fundamento en su sola voluntad, se configura el defecto procedimental. El defecto procedimental se erige en una violación al debido proceso cuando el juez da un cauce que no corresponde al asunto sometido a su competencia, o cuando pretermite las etapas propias del juicio, como por ejemplo, omite la notificación de un acto que requiera de esta formalidad según la ley, o cuando pasa por alto realizar el debate probatorio, natural a todo proceso, vulnerando el derecho de defensa y contradicción de los sujetos procesales al no permitirles sustentar o comprobar los hechos de la demanda o su contestación, con

55 Corte Constitucional. Sentencia SU-047 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

la consecuente negación de sus pretensiones en la decisión de fondo y la violación a los derechos fundamentales.(...)⁵⁶⁵⁷.

Aunado a lo anterior, las dilaciones injustificadas por parte del funcionario judicial que afecten directamente los derechos fundamentales del actor; y, en materia penal la falta protuberante y ostensible de defensa técnica únicamente atribuible al Estado y que da como consecuencia una condena, han sido sujeto de protección por parte de la Corte a título de defecto procedimental. Al respecto la Corporación se ha pronunciado de la siguiente forma:

“ (...) La omisión de una actuación judicial de la cual depende el ejercicio de un derecho fundamental, escapa a toda justificación y desnaturaliza lo jurídico para convertirlo en una mera práctica de poder y en ejercicio anormal de la función jurisdiccional. El acceso a la justicia, como derecho fundamental, no se entiende como simple posibilidad de ser parte de un proceso judicial. Integra dicho derecho la facultad de hacer uso de los recursos legalmente establecidos, de modo que la persona pueda hacer valer sus derechos e intereses. A este respecto es indispensable que la autoridad judicial utilice los medios de comunicación y se ciña a las formas procesales contemplados en el ordenamiento jurídico (providencias, autos, sentencias). Si una concreta petición de pruebas es elevada al fiscal, éste debe responderla expresamente en un sentido positivo o negativo. De lo contrario, se sustrae a la parte, de manera injusta y arbitraria, el derecho que tiene a recurrir esa específica actuación judicial. El derecho a los recursos judiciales, presupone la existencia de providencias judiciales que puedan ser objeto de los mismos.

Se está, pues, en presencia de un hecho humano dotado de los elementos propios de una vía de hecho en el derecho constitucional. Estos son, en primer lugar, la existencia de un acto con incidencia manifiesta en la realidad; en segundo término, la imposibilidad de comprender dicho acto bajo parámetros jurídicos y, finalmente, la violación manifiesta de un derecho fundamental.(...)⁵⁸”.

“(...) Para considerar si una determinada sentencia judicial constituye una vía de hecho, no basta con demostrar que existieron fallas en la defensa técnica del procesado. Esta última cuestión servirá, sí, para alegar vulneración de los derechos de quien es sujeto de la acción judicial y ejercer los recursos ordinarios o extraordinarios del caso, pero no habilita, por sí misma, la procedencia de la acción de tutela. Para que pueda solicitarse el amparo constitucional mediante la mencionada acción será

56 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-993/03 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

57 Corte Constitucional. Sentencia T-310 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

58 Corte Constitucional. Sentencia T-055 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

necesario, adicionalmente, demostrar los siguientes cuatro elementos: (1) que efectivamente existieron fallas en la defensa que, desde ninguna perspectiva posible, pueden ser amparadas bajo el amplio margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la estrategia de defensa adecuada; (2) que las mencionadas deficiencias no le son imputables al procesado; (3) que la falta de defensa material o técnica tuvo o puede tener un efecto definitivo y evidente sobre la decisión judicial de manera tal que pueda afirmarse que esta incurre en uno de los cuatro defectos anotados - sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental -; (4) que, como consecuencia de todo lo anterior, aparezca una vulneración palmaria de los derechos fundamentales del procesado. (...⁵⁹)”.

6.3. DEFECTO FÁCTICO

Este requisito tal vez se constituye en la causal más compleja, en la medida que de la actividad de probatoria resulta toda una suerte de situaciones que han generado el reconocimiento de la existencia de la vía de hecho por defecto fáctico. Las principales circunstancias que devienen en la configuración de la causal son:

Cuando el juez carece del acerbo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que funda su decisión.

Cuando el juez toma una decisión, sin que se halle plenamente comprobado el supuesto de hecho que legalmente la determina, como consecuencia de una omisión en el decreto o valoración de las pruebas, de una valoración irrazonable de las mismas; de la suposición de una prueba, o del otorgamiento de un alcance contraevidente a los medios probatorios.

Aunado a ello, se exige que el error en la valoración probatoria sea ostensible, flagrante y manifiesto, que sea capaz de afectar de manera definitiva el fallo de fondo y por lo tanto que afecte de manera directa los derechos fundamentales del reclamante.

Por ser una causal de evidente complejidad se ha de transcribir *in extenso* un aparte de la sentencia T-310 de 2009⁶⁰ en donde la Corte resume de manera importante, la concepción doctrinal sobre éste requisito especial de procedibilidad así:

59 Corte Constitucional. Sentencia T-654 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

60 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

“ (...) Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Al respecto, debe recalcar que esto es uno de los supuestos más exigentes para su comprobación como causal de procedencia de la acción de tutela contra sentencias. Ello debido a que la valoración de las pruebas en el proceso es uno de los campos en que se expresa, en mayor medida, el ejercicio de la autonomía e independencia judicial. El ejercicio epistemológico que precede al fallo es un tarea que involucra, no solo la consideración acerca de las consecuencias jurídicas que, en materia probatoria, impone el ordenamiento jurídico positivo, sino también la valoración que de los hechos del caso realice el funcionario judicial, a partir de su propia experiencia y de su conocimiento sobre el área del derecho correspondiente, tópicos que suelen reunirse bajo el concepto de *sana crítica*.

En consecuencia, la labor del juez de tutela en relación con el defecto fáctico está estrictamente limitada a aquellos eventos en que la actividad probatoria realizada por el funcionario judicial, incurre en errores de tal magnitud que, por su evidencia, ocasionan que la decisión judicial se torne arbitraria e irrazonable. Esto supone que la acción de tutela carece de alcance para realizar un juicio de corrección sobre la valoración probatoria; en cambio, como lo expone la doctrina nacional, es un *juicio de evidencia*, en el que el juez ordinario incurrió en un error indiscutible en el decreto o apreciación de la prueba.⁶¹ A su vez, este vicio debe tener una relación intrínseca con el sentido de la decisión judicial, de modo que, de no concurrir ese error manifiesto, la sentencia hubiera adoptado un sentido distinto. Es decir, el yerro debe ser relevante, no solo en términos de protección del derecho al debido proceso, sino también respecto a la controversia jurídica materia de la decisión judicial.

Estas consideraciones han sido corroboradas por distintas decisiones de la Corte. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación⁶², este defecto se produce cuando el juez toma una decisión, sin que se halle plenamente comprobado el supuesto de hecho que legalmente la determina⁶³, como consecuencia de una omisión en el decreto⁶⁴ o valoración de las pruebas; de una valoración irrazonable de las mismas; de la suposición de una prueba, o

61 BOTERO, Catalina. (2007). *La acción de tutela contra providencias judiciales*. En: *Teoría Constitucional y Políticas Públicas. Bases críticas para una discusión*. Manuel José Cepeda. Eduardo Montealegre (Directores del proyecto). Universidad Externado de Colombia, p. 240.

62 Ver, entre otras, las sentencias T-231 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-442 de 1994. (M.P. Antonio Barrera Carbonell), T-567 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-008 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), SU-159 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-025 de 2001, T-109 de 2005 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-639 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

63 Así, por ejemplo, en la Sentencia SU-159 de 2002, se define el defecto fáctico como “la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal a partir de pruebas válidas”.

64 Cabe resaltar que si esta omisión obedece a una negativa injustificada de practicar una prueba solicitada por una de las partes, se torna en un defecto procedimental, que recae en el ejercicio del derecho de contradicción.

del otorgamiento de un alcance contraevidente a los medios probatorios.

Para la Corte, el defecto fáctico puede darse tanto en una dimensión positiva,⁶⁵ que comprende los supuestos de una *valoración por completo equivocada*, o en la *fundamentación de una decisión en una prueba no apta para ello*, así como en una dimensión negativa⁶⁶, es decir, por la *omisión en la valoración de una prueba determinante*, o en el *decreto de pruebas de carácter esencial*.

En cuanto a los fundamentos y al marco de intervención que compete al juez de tutela, en relación con la posible ocurrencia de un defecto fáctico, la Corte ha sentado los siguientes criterios, que encuentran plena armonía con las consideraciones antes expuestas:

7.3.1. El fundamento de la intervención radica en que, a pesar de las amplias facultades discrecionales que tiene el juez de conocimiento para el análisis del material probatorio, este debe actuar de acuerdo con los principios de la *sana crítica*, es decir, con base en criterios objetivos y racionales.⁶⁷

7.3.2. No obstante, como ya se ha indicado, la intervención del juez de tutela en relación con el manejo dado por el juez de conocimiento debe ser de carácter extremadamente reducido. En primer término, porque el respeto por el principio de autonomía judicial y el principio del juez natural, impiden que el juez de tutela realice un examen exhaustivo del material probatorio.⁶⁸ En segundo lugar, ha destacado que las diferencias de valoración en la apreciación de una prueba, no constituyen errores fácticos. Frente a interpretaciones diversas y razonables, el juez del conocimiento debe determinar, conforme con los criterios señalados, cuál es la que mejor se ajusta al caso concreto. El juez, en su labor, no solo es autónomo, sino que sus actuaciones se presumen de buena fe⁶⁹. En consecuencia, el juez de tutela debe partir de la corrección de la decisión judicial, así como de la valoración de las pruebas realizadas por el juez natural⁷⁰.

65 Cfr. Corte Constitucional, sentencias SU-159 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-538 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-061 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

66 Ver sentencias T-442 de 1994, T-567 de 1998, T-239 de 1996 y SU – 159 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-244 de 1997 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

67 Sentencia T-442 de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

68 En la sentencia T-055 de 1997, la Corte determinó que, en tratándose del análisis del material probatorio, la independencia judicial cobra mayor valor y trascendencia.

69 “En el plano de lo que constituye la valoración de una prueba, el juez tiene autonomía, la cual va amparada también por la presunción de buena fe” Sentencia T-336 de 1995 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), reiterada por la T-008 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

70 Sobre el particular, ha señalado la Corte:“(…) al paso que el juez ordinario debe partir de la inocencia plena del implicado, el juez constitucional debe hacerlo de la corrección de la decisión judicial

7.3.2. Por último, para que la tutela resulte procedente ante un error fáctico, “*El error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto*”⁷¹(...)⁷².

6.4. DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO

Esta causal también ha tenido diversas hipótesis de manifestación en el seno del máximo intérprete constitucional y que en la actualidad se han resumido básicamente en las siguientes:

- a). Cuando el funcionario judicial profiere su decisión con base en normas inexistentes, inconstitucionales, claramente inaplicables al caso concreto o existe una ostensible y evidente contradicción entre los fundamentos o razones de la providencia con el *decisum* de la misma.

Con respecto a ésta primera hipótesis la Corte ha manifestado:

“(...) A este respecto, la jurisprudencia constitucional ha previsto que el defecto material o sustantivo “... opera cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, bien sea, por ejemplo (i.) porque ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico, (ii.) porque ella es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, (iii.) porque su aplicación al caso concreto es inconstitucional, (iv.) porque ha sido declarada inexecutable por la propia Corte Constitucional o, (v.) porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador”. (...)”⁷³

- b) La indebida aplicación de las normas por haber llegado a la aplicación de las mismas a través de interpretaciones contraevidentes, irrazonables o desproporcionadas. Respecto de éste punto ha sostenido la Corte:

impugnada, la cual, no obstante, ha de poder ser cuestionada ampliamente por una instancia de mayor jerarquía rodeada de plenas garantías” (Sentencia T-008 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Reiterada en la sentencia T-636 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

71 *Ibid.*

72 *Corte Constitucional. Sentencia T-310 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.*

73 *Corte Constitucional, Sentencia SU-159/02. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.*

“(...) el procedimiento de tutela no puede utilizarse para obtener que un juez diferente al que conoce del proceso ordinario intervenga inopinadamente para modificar el rumbo del mismo con base en una interpretación diversa, la suya, pretendiendo que, por haber entendido las normas pertinentes de una determinada manera, incurrió el primero en una vía de hecho. || La vía de hecho —excepcional, como se ha dicho— no puede configurarse sino a partir de una ruptura flagrante, ostensible y grave de la normatividad constitucional o legal que rige en la materia a la que se refiere el fallo. Por tanto, mientras se apliquen las disposiciones pertinentes, independientemente de si otros jueces comparten o no la interpretación acogida por el fallador, no existe la vía de hecho, sino una vía de derecho distinta, en sí misma respetable si no carece de razonabilidad. Esta, así como el contenido y alcances de la sentencia proferida con ese apoyo, deben ser escrutados por la misma jurisdicción y por los procedimientos ordinarios, a través de los recursos que la ley establece y no, por regla general, a través de la acción de tutela.|| Diferente es el caso de la ostensible aplicación indebida de una norma, en cuya virtud se pretende lograr que los hechos quepan en ella, aun contra toda evidencia. Allí puede darse la vía de hecho, como lo ha admitido esta Corte, si por haberse forzado arbitrariamente el ordenamiento jurídico se han quebrantado o se amenazan derechos constitucionales fundamentales (...)”⁷⁴

6.5. Error inducido

El error inducido o también denominado por la doctrina de la Corte Constitucional “vía de hecho por consecuencia” se produce cuando el funcionario judicial (individual o colegiado) fue víctima de un engaño por parte de terceros, y ese engaño lo condujo a toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. Al respecto la Corporación ha sostenido:

“ (...) Es posible distinguir la sentencia violatoria de derechos fundamentales por defectos propios del aparato judicial - presupuesto de la vía de hecho -, de aquellas providencias judiciales que aunque no desconocen de manera directa la Constitución, comportan un perjuicio iusfundamental como consecuencia del incumplimiento por parte de distintos órganos estatales de la orden constitucional de colaborar armónicamente con la administración de justicia con el objeto de garantizar la plena eficacia de los derechos constitucionales. Se trata de una suerte de vía de hecho por consecuencia, en la que el juez, a pesar de haber desplegado los medios a su alcance para ubicar al procesado, actuó confiado en la recta actuación estatal, cuando en realidad ésta se ha realizado con vulneración de derechos constitucionales, al inducirlo en error. En tales casos - vía de hecho por consecuencia - se presenta una violación del debido proceso, no atribuible al funcionario judicial,

⁷⁴ En este sentido, sentencias T-765 de 1998 y T-001 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

en la medida en que no lo puede apreciar, como consecuencia de la actuación inconstitucional de otros órganos estatales.(...)⁷⁵

“(...) Así, la jurisprudencia ha identificado los dos presupuestos que deben cumplirse para que exista el error inducido. En primer lugar, debe demostrarse en el caso concreto que la decisión judicial se ha basado en la apreciación de hechos o situaciones jurídicas, en cuya determinación los órganos competentes hayan violado derechos constitucionales. En segundo término, debe demostrarse que esa violación significa un perjuicio *iustificadísimo* para las partes que intervienen en el proceso judicial.⁷⁶(...)⁷⁷.”

6.6. DECISIÓN SIN MOTIVACIÓN

Aunque en la teoría del derecho público puedan existir actos administrativos discrecionales (los cuales se sustentan en las facultades de libre nombramiento y remoción) y por lo tanto susceptibles de producir efectos jurídicos sin obligación alguna de revelar sus motivos; éste razonamiento de ninguna manera sería procedente trasladarlo al campo de las decisiones judiciales, ya que éstas como expresión de la facultad de administrar justicia que tiene el Estado a través de sus servidores investidos de competencia para ello, están en la obligación de dar cuenta de las razones de hecho y de derecho que los conduce a la toma de las decisiones; y es precisamente la ausencia de dichas motivaciones en la sentencia judicial la que habilita para ser atacada por medio de la presente causal específica de procedibilidad. Con respecto al presente punto la Corte ha sostenido:

“(...) Sentencia sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales del deber de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, pues precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional. Este tipo de falencia se distingue del defecto fáctico, en cuanto no se estructura a partir de la desconformidad entre la motivación de la sentencia y su parte resolutive, sino en la ausencia de razonamientos que sustenten lo decidido. Es evidente que una exigencia de racionalidad mínima de toda actuación judicial es que exprese los argumentos que hacen inferir la decisión correspondiente. Cuando este ineludible presupuesto no puede verificarse, la sentencia contradice aspectos que hacen parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso.(...)⁷⁸.”

75 Corte Constitucional. Sentencia SU-014 de 2001. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

76 Sobre estas condiciones, Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-705/02 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

77 Corte Constitucional. Sentencia T-310 de 2009. Luis Ernesto Vargas Silva.

78 Corte Constitucional. Sentencia T-310 de 2009. Luis Ernesto Vargas Silva.

“(...) Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.(...)”⁷⁹.

6.7. DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE

Para dar una explicación si quiera sumaria del alcance de la presente causal, es importante precisar qué debemos entender por precedente, y dicho concepto ya ha sido decantado por la Corte Constitucional en los siguientes términos: “(...) el precedente, es aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia. (...)”⁸⁰.

Por lo tanto el desconocimiento del precedente constitucional se presenta cuando:

Un juez (individual o colegiado) no aplica el precedente generado por una sentencia (o conjunto de ellas) emanada de la Corte Constitucional en sede de control abstracto, las cuales tienen efectos *erga omnes*, y por lo tanto, son vinculantes de manera general. En este caso la vinculación al precedente es absoluta.

Un juez (individual o colegiado) no aplica el precedente generado por una sentencia (o conjunto de ellas) emanada de la Corte Constitucional en sede de control en concreto (o tutela) sin justificar de manera técnica y adecuada las razones que lo acompañan para separarse del mismo. En éste caso la vinculación al precedente es relativa o *prima facie*.

De conformidad con la doctrina constitucional que rige la materia, ese desconocimiento del precedente por parte de ese juez (individual o colegiado) se da cuando incurre en las siguientes circunstancias:

Aplica disposiciones legales que han sido declaradas inexecutable por sentencias de constitucionalidad;

Aplica disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución;

Contraria la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad;

Desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de tutela.

⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005. Jaime Córdoba Triviño.

⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Por ser una causal que denota un grado de complejidad considerable debido a su naturaleza y desarrollo jurisprudencial se transcribirá *in extenso* algunos apartes jurisprudenciales que ofrecerán mayor descripción y explicación entorno a la misma:

“(…) La actividad judicial supone la interpretación permanente de las disposiciones jurídicas, aspecto que implica que el funcionario determine en cada proceso la norma que se aplicará al caso concreto⁸¹. En ese sentido los diversos jueces pueden tener comprensiones diferentes del contenido de una misma prescripción jurídica y derivar de ella, por esta razón, efectos distintos.

Para hacer frente a esta situación, “el sistema jurídico ha previsto la figura del precedente, bajo el supuesto de que la independencia interpretativa es un principio relevante pero que se encuentra vinculado por el respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y por otras prescripciones constitucionales que fijan criterios para la interpretación del derecho”⁸².

(…) “... La pertinencia de un precedente, se predica de una sentencia previa, cuando: “(i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente⁸³; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente”⁸⁴.

Lo anterior significa que el precedente debe ser anterior a la decisión donde se pretende su aplicación y debe existir una semejanza de problemas jurídicos, cuestiones constitucionales, hechos del caso, normas juzgadas o puntos de derecho. En ausencia de uno de estos elementos, no puede predicarse la aplicación de un precedente.

Así mismo, la jurisprudencia ha distinguido entre *precedente horizontal*, que es aquel que debe observarse por el mismo juez o corporación que lo generó o por otro(a) de igual jerarquía funcional, y *precedente vertical*, que es el que proviene de un funcionario o corporación de superior jerarquía, particularmente de aquellas que en cada uno de los distintos ámbitos de la jurisdicción se desempeñan como órganos límite⁸⁵.

81 Sentencia T-330 de abril 4 de 2005, M.P. Humberto Sierra Porto.

82 Sentencia T-683 de agosto 17 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

83 “ En la sentencia T-1317 de 2001. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

84 Sentencia T-292 de abril 6 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda.

85 Sentencia T-014 de enero 22 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

De manera que para garantizar un mínimo de seguridad jurídica a los ciudadanos, los funcionarios judiciales se encuentran vinculados en sus decisiones por la norma jurisprudencial que para el caso concreto ha dictado el órgano unificador⁸⁶. En la jurisdicción ordinaria, cuando el caso es susceptible de casación, este órgano es la Corte Suprema de Justicia; en los asuntos que no son susceptibles de dicho recurso extraordinario, quienes se encargan de dictar la pauta hermenéutica en materia judicial son los Tribunales Superiores de Distrito.

En el primero de los eventos, cuando el asunto es susceptible de casación y el órgano que ocupa el punto más alto en la jurisdicción ordinaria se ha pronunciado sobre el mismo, el juez debe aplicar la subregla sentada jurisprudencialmente, restringiendo su autonomía judicial. Por lo tanto, el operador jurídico, acatando el principio *stare deciris*, sólo podrá apartarse del precedente si demuestra que los supuestos de hecho son radicalmente diferentes a los que regula la regla jurisprudencial⁸⁷.

Cuando el proceso no tiene casación, en principio, carecería de una instancia que unifique los criterios de conformidad con los cuales debe interpretarse la normatividad. En estos casos, son los Tribunales Superiores la cúspide de los diversos distritos judiciales y los que, en consecuencia, cumplen la función de unificación jurisprudencial. Bajo ese entendido, serían entonces los encargados de desatar los diversos dilemas interpretativos, fijando para ello criterios ciertos y precisos.

(...) Ahora bien, para garantizar la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima, el desconocimiento del precedente es una causal especial de procedencia de la tutela contra providencias judiciales.

Así, en los eventos en los que los diversos órganos de cierre asuman posturas hermenéuticas contrapuestas frente a situaciones que implican un serio compromiso de derechos fundamentales de los ciudadanos, compete al Juez Constitucional analizar, a la luz de la Carta Política, si las interpretaciones atacadas vulneran derechos fundamentales de las partes en el proceso de tutela. Es decir, "si los peticionarios alegan que la posición hermenéutica de un operador judicial respecto de una disposición normativa, es manifiestamente contraria o restrictiva de sus derechos fundamentales, corresponde al juez de tutela determinar si una o más interpretaciones vulneran garantías básicas en el caso concreto. En este sentido será la interpretación que esté más acorde con la Norma Fundamental la que debe ser adoptada y aplicada por los funcionarios judiciales⁸⁸."

86 Al respecto puede consultarse la sentencia C-836 de agosto 9 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

87 Ver sentencia T-1625 de noviembre 23 de 2000, M.P. Martha Victoria Sáchica.

88 Sentencia T-683 de agosto 17 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

En suma, *prima facie*, los funcionarios judiciales están obligados a aplicar el precedente sentado por los órganos encargados de unificar jurisprudencia – en la jurisdicción ordinaria o en la constitucional. Si pretenden apartarse del precedente, en ejercicio de la autonomía judicial, pesa sobre los ellos una carga de argumentación más estricta, pues deben demostrar de manera adecuada y suficiente las razones por las cuales se apartan, de lo contrario se presenta un defecto que hace procedente la acción de tutela.(...)⁸⁹

6.8 VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

Esta última causal es sin duda alguna la de mayor grado de abstracción de todos los requisitos específicos de procedibilidad desarrollados por la doctrina de la Corte Constitucional sobre la materia, en la medida que de fondo todas las causales anteriormente estudiadas de materializarse violarían directamente disposiciones y mandatos constitucionales; no obstante, es claro para la Corte (sobre todo a partir de la sentencia C-590 de 2005⁹⁰) que la violación de la constitución es una causal que goza de autonomía, y por lo tanto, las circunstancias que llevan a su configuración también son particulares. Algunas de ellas serían:

Dejar de aplicar una disposición iusfundamental a un caso concreto.

Aplicar las normas al margen y contrario a la Constitución.

Realizar una interpretación de la normatividad (y actuar con forme a dicha hermenéutica) palmaria y ostensiblemente contraria a la Constitución.

Abstenerse de aplicar la excepción de inconstitucionalidad (expresamente pedida por la parte afectada) y dicha omisión genere una violación de los postulados constitucionales.

Respecto a algunos de estos casos de procedencia la Corte Constitucional ha sostenido:

“(...) Violación directa de la Constitución, causal de procedencia de la acción de tutela que se estructura cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce, de forma específica, postulados de la Carta Política. A este respecto, debe insistirse en que el actual modelo de ordenamiento constitucional reconoce valor normativo a los preceptos superiores, de modo tal que contienen mandatos y previsiones de aplicación directa por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los particulares.

⁸⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-441 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁹⁰ M.P. Jaime Cordoba Triviño.

Por ende, resulta plenamente factible que una decisión judicial pueda cuestionarse a través de la acción de tutela cuando desconoce o aplica indebida e irrazonablemente tales postulados.(...)⁹¹

“(...) Diferente es el caso de la ostensible aplicación indebida de una norma, en cuya virtud se pretende lograr que los hechos quepan en ella, aun contra toda evidencia. Allí puede darse la vía de hecho, si por haberse forzado arbitrariamente el ordenamiento jurídico se han quebrantado o se amenazan derechos constitucionales fundamentales. Pero además, la regla general -prohijada por esta Corte-, que rechaza como improcedente la tutela cuando se trata de controvertir interpretaciones judiciales acogidas por el juez en detrimento de otras igualmente válidas, admite, por expreso mandato constitucional, la excepción que surge del artículo 53 de la Constitución. En la indicada norma el Constituyente consagró derechos mínimos de los trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos. (...)”⁹²

“(...) De otro lado se encuentran las decisiones judiciales que vulneran directamente la Constitución y que, como consecuencia de ello, menoscaban de manera grave los derechos fundamentales de las partes. Esto ocurre cuando se presentan las siguientes hipótesis: (i) que el juez realice una interpretación de la normatividad evidentemente contraria a la Constitución y (ii) que el juez se abstenga de aplicar la excepción de inconstitucionalidad en un caso en el cual, de no hacerlo, la decisión quebrantaría preceptos constitucionales y que, además, su declaración ha sido solicitada expresamente por una de las partes.(...)”⁹³.

Como se pudo advertir, ésta fase de posicionamiento de la doctrina en comento está caracterizada (entre otras cosas) por la intensa sistematización de la línea de pensamiento y la reafirmación de la misma.

Aunado a ello, es clara la evolución dogmática existente al construirse con claridad las causales genéricas y específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, hecho que genera unidad de criterio al interior de la Corte Constitucional y al mismo tiempo permite unidad de interpretación y aplicación por parte de los operadores jurídicos.

91 Corte Constitucional. Sentencia T-310 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

92 Corte Constitucional. Sentencia T-001 de 1999. José Gregorio Hernández Galindo.

93 Corte Constitucional. Sentencia T - 701 de 2004. Rodrigo Uprimny Yepes.

7. CONCLUSIONES

Existe una profunda y estrecha relación de interdependencia entre Estado Social de Derecho, Constitución y Derechos Fundamentales en el marco del modelo propuesto en la Carta jurídico – política de 1991, la cual se torna inescindible en el momento del ejercicio del poder público.

Al respecto anota el profesor Prieto Sanchís: *“La especial posición que ocupan los derechos fundamentales en el Estado Constitucional se manifiesta en un reforzamiento de sus garantías o de su resistencia jurídica frente a eventuales lesiones originadas en la actuación de los poderes públicos”*⁹⁴.

La acción de tutela, se constituye en una de las más preciadas conquistas del constitucionalismo del 1991, en la medida que permite descender la idealidad contenida en el reconocimiento, consagración y teleología de los derechos fundamentales y materializarla en la realidad del caso concreto.

La adopción de un modelo de Estado (que por lo menos en teoría) se avoca a la protección de los derechos fundamentales como el principal cometido para su realización, genera toda una mutación de la forma como se concibe la relación Poder – Derecho al interior de una organización; y por lo tanto, crea toda una suerte de tensiones institucionales entre quienes están comprometidos con el cambio y quienes generan un estado de “confort” en el *status quo*.

No obstante, la naturaleza de dichos derechos fundamentales genera una resistencia natural a ser limitados. Esta concepción es desarrollada por el profesor Peces-Barba al manifestar “(...) Un derecho podrá ser considerado como fundamental dentro del ordenamiento, cuando se muestre resistente frente a otros poderes. Y esta nota de la resistencia adquiere sentido desde los distintos mecanismos de protección de los derechos. (...)”⁹⁵

La doctrina constitucional en materia de acción de tutela frente a providencias judiciales ha sido una construcción paulatina, sistemática e integradora en donde se pueden identificar las fases de ingreso,

⁹⁴ PRIETO Sanchís, Luis. *“Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”*. Ed. Trotta, Madrid, 2009, pág 230.

⁹⁵ PECES-BARBA Martínez, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General Universidad Carlos III de Madrid. Boletín oficial del Estado, Madrid, 1999, pág 501.*

posicionamiento y consolidación de la misma; aunado a ello, está caracterizada por el permanente debate y el estudio cada vez más cercano de la relación estrecha entre consagración de derechos (como prescripción normativa), su vivencia y afectación en la realidad (dimensión práctica), razón por la cual, la mayoría de las categorías dogmáticas que acompañan a la línea de pensamiento no resultan de “entelequias” jurídicas sino del análisis y contraste de casos puntuales que pasan todos los días en las relaciones de la administración de justicia con sus administrados.

Las causales genéricas de procedibilidad apuntan al estudio mismo de viabilidad *per se* del mecanismo de amparo, dichos requisitos son: a) que la cuestión que se discuta sea de relevancia constitucional, b) la subsidiariedad de la acción, c) la inmediatez de la acción, d) cuando se trata de una irregularidad procesal debe existir vinculación y afectación directa con la decisión afectando derechos fundamentales, e) Identificación de los derechos amenazados y/o vulnerados y las razones que justifican dicha transgresión formuladas por parte del actor, y, f) que no se trate de sentencias de tutela.

Las causales específicas de procedibilidad apuntan al análisis de la providencia atacada una vez ya ha sido confirmada la procedibilidad genérica de la acción. Dichas causales son: a) defecto orgánico, b) defecto procedimental absoluto, c) defecto fáctico, d) defecto material o sustantivo, e) error inducido, f) decisión sin motivación, g) desconocimiento del precedente, y, h) violación directa de la Constitución.

Lo que hace posible la realización de los modelos de convivencia estatal no está centrado en los diseños institucionales y mucho menos en la redacción de prolijos catálogos normativos, lo más importante y difícil de lograr es que las personas entiendan el protagonismo e injerencia que tienen en la vida pública, ya sean administradores, ora en función de administrados y que un posible camino seguro hacia la paz no puede prescindir del respeto, promoción y protección de los derechos fundamentales.

8. FUENTES DE REFERENCIA

8.1 BIBLIOGRAFICAS

BOTERO Marino, Catalina. “La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2006.

CASCAJO Hernández, José Luis. "Justicia Tradicional y Justicia Constitucional", Cívitas, Madrid, 2008.

PECES-BARBA Martínez, Gregorio. "Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General". Universidad Carlos III de Madrid. Boletín oficial del Estado, Madrid, 1999.

PEREZ Luño,, Antonio. "Los Derechos Fundamentales". Tecnos, Madrid, 2004.

PRIETO Sanchís, Luis. "Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales". Ed. Trotta, Madrid, 2009.

8.2 JURISPRUDENCIALES

Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

_____. Sentencia T-079 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia T-158 de 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

_____. Sentencia T-173 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

_____. Sentencia T-055 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia T-231 DE 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia T-118 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

_____. Sentencia T-492 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

_____. Sentencia T-324 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia T-668 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia T-654 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

_____. Sentencia SU-047 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

- _____ . Sentencia T-1017 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- _____ . Sentencia T-504 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonel.
- _____ . Sentencia T-1072 de 2000 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- _____ . Sentencia T-382 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- _____ . Sentencia T-1180 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- _____ . Sentencia SU-014 de 2001. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.
- _____ . Sentencia SU-1184 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- _____ . Sentencia SU-1219 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- _____ . Sentencia SU-1299 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- _____ . Sentencia SU-159 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- _____ . Sentencia T-441 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- _____ . Sentencia 462 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- _____ . Sentencia 589 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- _____ . Sentencia 683 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- _____ . Sentencia 949 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- _____ . Sentencia T-200 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas.
- _____ . Sentencia T - 701 de 2004. Rodrigo Uprimny Yepes.
- _____ . Sentencia T-774 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda.
- _____ . Sentencia T-315 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- _____ . Sentencia C-590 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- _____ . Sentencia T-292 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

_____. Sentencia SU-813 de 2007. M.P. Jaime Araujo Rentería.

_____. Sentencia T-129 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

_____. Sentencia T-310 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

_____. Sentencia T-108 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio.

_____. Sentencia T-441 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

IX

O PROCEDIMENTO ORDINÁRIO DINÂMICO: A SUPERAÇÃO DO RITO PROCESSUAL ESTÁTICO E A LEGITIMAÇÃO DO PROCESSO PELO DIÁLOGO E COOPERAÇÃO. O OBJETIVO DA OFERTA DE JUSTIÇA ACIMA E ALÉM DOS CRITÉRIOS PECUNIÁRIOS.

Thiago Azevedo Guilherme

Mestre em Direito Constitucional do Programa Stricto Sensu em Direito, mantido pelo Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino, em Bauru, sob a Coordenação do Professor Doutor Luiz Alberto David de Araujo. Pós-Graduando em Direito Processual Tributário pela PUC-SP. Advogado

Ana Carolina Peduti Abujamra

Mestre em Direito Constitucional do Programa Stricto Sensu em Direito, mantido pelo Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino, em Bauru, sob a Coordenação do Professor Doutor Luiz Alberto David de Araujo. Especialista em Direito Empresarial pelo Centro de Pós-Graduação mantido pela Instituição Toledo de Ensino, em Bauru. Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Centro Universitário Toledo de Ensino de Araçatuba. Professora. Advogada.

SUMÁRIO

Resumo, 1. Introdução, 2. Do formalismo processual, 2.1. Da nova concepção para o formalismo, 2.2. Do formalismo excessivo ao formalismo-valorativo, 3. Rito ordinário e rito sumário – uma dualidade anacrônica e perigosa, 3.1. A atual inexistência de disponibilidade e discricionariedade sobre o rito, 3.2. O que não se pretende questionar, 3.3. O efetivo ponto de dúvida, 4. Do projeto de um “novo código de processo civil” e a superação da indisponibilidade de ritos, 5. Das vantagens do novo modelo frente à realidade contemporânea, 6. Conclusão, 7. Referências bibliográficas

RESUMO

Na sistemática atual do processo civil brasileiro, a dualidade de procedimentos – sumário e ordinário -, embora benéfica em alguns pontos, dentre os quais se aponta a celeridade e o “pronto atendimento” da jurisdição a causas determinadas, não pode ser aplicada com liberdade pelo julgador. O presente trabalho vem analisar tal fato, passando pela instrumentalidade do processo e do formalismo anacrônico. Ainda, analisando o Projeto do novo Código de Processo Civil, que pretende abolir a divisão dos procedimentos, criando um único procedimento ordinário, podendo esse ser célere se necessário à causa analisada, valorizando-se principalmente os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Processual; Flexibilização procedimental; Constitucionalização do Processo.

ABSTRACT

En el sistema actual de proceso civil brasileño, la dualidad de procedimientos – sumario y ordinario -, aunque benéfica en algunos puntos, entre los cuales la celeridad y el rápido atendimento de la jurisdicción a algunas causas, no puede ser aplicada con libertad por el juzgador. El presente trabajo intenta analizar este hecho, con base en la instrumentalidad del proceso y del formalismo anacrónico. Aún, analizando el proyecto del nuevo Código Procesal Civil brasileño, lo cual pretende abolir la división de procedimientos, creando un único proceso ordinario que pueda ser adaptado a las necesidades de la cuestión analizada, siendo valorizados los principios de la amplia defensa y del contradictorio.

KEYWORDS

Derecho Procesal; Flexibilización procedimental; Constitucionalización del Proceso.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende lançar luzes à aparentemente contraditória relação entre a previsão vinculativa de procedimentos e ritos processuais

(comum ordinário e comum sumário) em razão da matéria e do valor pecuniário atribuído à causa, de um lado, e a crescente aceitação do processo civil enquanto instrumento para a realização do direito material, de outro, noção da qual é decorrência a maior amplitude de poderes instrutórios conferidos aos juízes, já amplamente aceita pela jurisprudência.

Num primeiro momento apontaremos a determinação contida no atual Código de Processo Civil e acatada pela mais autorizada doutrina acerca da inexistência de qualquer discricionariedade reservada aos sujeitos processuais para a escolha do procedimento, sendo tal possibilidade, ao que tudo indica, vedada até mesmo ao julgador, cabendo-lhe, segundo a disposição legal, tão somente adequar o rito processual ao caso levado à juízo.

Posteriormente indicaremos como o incremento dos poderes instrutórios do juiz em sede de procedimento comum pelo rito ordinário vem criando um descompasso de legitimidade procedimental entre este e o procedimento comum pelo rito sumário, onde, em busca de uma maior celeridade, estão condensadas as fases processuais e com maior frequência se dá a ocorrência de preclusões (impedindo, por exemplo, o juiz de ouvir testemunhas não arroladas na inicial). Contrariamente ao procedimento comum ordinário no qual se vem paulatinamente flexibilizando as preclusões em busca de uma melhor atuação da lei ao caso concreto, no rito sumário, uma vez vedada a alteração dos momentos processuais (em decorrência da busca de maior celeridade), permanece o julgador em uma posição de mero expectador, condição incongruente com o que se pretende na atualidade.

Outro objetivo é de tecermos comentários sobre os riscos da vinculação dos procedimentos e ritos unicamente à parâmetros pecuniários, mesmo cientes do fato de que é este o mais corriqueiro critério de diferenciação contido nas leis. Além disso, pretende-se demonstrar o quão valorosa é para a estrutura processual brasileira a iniciativa de se romper com tais critérios procedimentais-rituais estáticos, verificada no artigo 151 do anteprojeto de Código de Processo Civil em trâmite no Congresso Nacional.

2. DO FORMALISMO PROCESSUAL

Para que se compreenda em sua inteireza o momento pelo qual passa a ciência processual civil brasileira, é preciso que se faça comentários acerca das concepções do formalismo processual que inspiraram a elaboração do Código de Processo Civil de 1973. Nesse passo é que se deve indicar que o formalismo, ou forma em sentido amplo, não se confunde com a forma do ato processual individualmente considerado. Diz

respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais.

A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento.

O formalismo processual contém, portanto, a própria idéia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento¹. Não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também de disciplinar o poder do juiz e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado. Pondere-se quanto a existência de opiniões segundo as quais deixar ao livre alvitre do juiz, de acordo com as necessidades de cada caso concreto, os regramentos do processo, poderia ocasionar a desigualdade da realização do direito material, impedindo uma uniforme realização do direito.

Ainda, o formalismo processual controla os eventuais excessos de uma parte em face da outra, atuando, por conseguinte como poderoso fator de igualação (pelo menos formal) dos contendores entre si. O fenômeno oferece duas facetas: no plano normativo, impõe uma equilibrada distribuição de poderes entre as partes, sob pena de tornar-se o contraditório uma sombra vã; no plano do fato, ou seja, do desenvolvimento concreto do procedimento, reclama o exercício de poderes pelo sujeito, de modo a que sempre fique garantido o exercício dos poderes do outro.

2.1. DA NOVA CONCEPÇÃO PARA O FORMALISMO

Do até então exposto, podemos verificar que o formalismo, constitui elemento fundador da efetividade e da segurança do processo, o que é fundamental.

¹ "O direito processual é eminentemente formal, no sentido de que define e impõe formas a serem observadas nos atos de exercício da jurisdição pelo juiz e de defesa de interesses pelas partes. A exigência de formas no processo é um penhor da segurança destas, destinado a dar efetividade aos poderes e faculdades inerentes ao sistema processual (devido processo legal); o que se renega no direito formal é o formalismo, entendido como culto irracional da forma, como se fora esta um objetivo em si mesma. Forma é a expressão externa do ato jurídico e revela-se no modo de sua realização, no lugar em que deve ser realizado e nos limites de tempo para realizar-se. Opõe-se conceitualmente à substância do ato, que se representa por seu conteúdo, varia caso a caso e corresponde ao encaminhamento a ser dado ao processo e ao litígio em cada situação específica". DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V.I. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 40-41.

Não obstante as vozes que conseguem enxergar no formalismo um modo de frear os poderes 'arbitrários' dos magistrados, não se pode negar que a atual dinâmica e imprevisibilidade das relações sociais levadas a juízo demandam uma atuação jurisdicional mais forte e célere. Nesse sentido é que se afirma que, para nós, a efetividade decorre do poder organizador e ordenador (a desordem, o caos, a confusão decididamente não colaboram para um processo ágil e eficaz), a segurança decorre do poder disciplinador.

É nesse movimento que se percebe o quanto o termo formalismo vem sofrendo desgaste, seja pelas evoluções do direito processual, suas ondas renovatórias e as demandas de uma sociedade mais dinâmica, culminando mesmo na elaboração de um novo projeto de Código de Processo Civil no Brasil. Nesse cenário, o formalismo passou a simbolizar algo excessivo, de caráter essencialmente negativo, e que serviria tão somente para "truncar" o processo, ou quiçá a efetivação do direito material.

É fundamental que se note como o formalismo, assim como o processo, é sempre polarizado pelo fim, ou seja, pelo objetivo ao qual se pretende.

Em meio a tais aspectos fundamentais do fenômeno do formalismo é indissociável outra reflexão: o processo não se encontra *in res* natura, é produto do homem e, assim, inevitavelmente, da sua cultura, valores, frutos da experiência. Por isso mesmo mostra-se totalmente inadequado conceber o processo, apesar do seu caráter formal, como mero ordenamento de atividades dotado de cunho exclusivamente técnico, integrado por regras externas, estabelecidas pelo legislador de modo totalmente arbitrário².

A estrutura não se trata de simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente de uma escolha de natureza política, escolha essa ligada às formas e ao objetivo da própria administração judicial. Como consequência, mesmo as normas aparentemente reguladoras do modo de ser do procedimento não resultam apenas de considerações de ordem prática, constituindo no fundamental expressão das concepções sociais, éticas, econômicas, políticas, ideológicas e jurídicas – mesmo utópicas - subjacentes a determinada sociedade e a ela características. Ademais, o seu emprego pode consistir em estratégias de poder, direcionadas para tal ou qual finalidade governamental.

² Nesse sentido, C. A. Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 72-74.

Daí a idéia, de que o direito processual é o direito constitucional aplicado³, a significar essencialmente que o processo não se esgota dentro dos quadros de uma mera realização do direito material, constituindo, sim, mais amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização de justiça e pacificação social.

Além disso, não só as formas externas, por meio das quais se desenvolve a administração da justiça, mas também os métodos lógicos empregados para o julgamento exibem valor contingente, a ser estremado consoante as circunstâncias de dado momento histórico, influenciando inclusive na conformação do processo.

O formalismo, contudo, exatamente porque fenômeno cultural, informado por valores, não se confunde com a técnica, que é neutra a respeito da questão axiológica. E isso porque seu poder ordenador, organizador e coordenador não é oco, vazio ou cego, pois não há formalismo por formalismo. Só é lícito pensar no conceito na medida em que se presta para a organização de um processo justo e servir para alcançar as finalidades últimas do julgamento em tempo razoável e, principalmente, colaborar para a justiça material da decisão.

Ao meditar-se sobre os fatores externos do formalismo, o pensamento desde logo tende, em formulação esquemática inicial bastante ampla, a fixar-se nos fins do processo, e a noção de fim entrelaça-se, necessariamente, com o valor ou valores a serem idealmente atingidos por meio do processo. Impõe-se, portanto, a análise dos valores mais importantes para o processo: por um lado, a realização de justiça material e a paz social, por outro, a efetividade, a segurança e a organização interna justa do próprio processo (fair trial). Os dois primeiros estão mais vinculados aos fins do processo, os três últimos ostentam uma face instrumental em relação àqueles. A par desses valores específicos, mostram-se ainda significativos para o processo os valores constitucionais e os valores culturais relacionados ao meio onde se insere determinado sistema processual.

A efetividade e a segurança 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. Poder-se-ia dizer, tratar-se de sobreprincípios, embora sejam, a sua vez, também instrumentais em relação ao fim último do processo, que é a realização da Justiça do caso.

3 *A respeito, C. A. Alvaro de Oliveira, O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais, Revista Forense, 372(mar.abr./2004):p.77-86.*

Interessante é que ambos se encontram em permanente conflito, numa relação proporcional, pois quanto maior a efetividade menor a segurança, e vice-versa.

A segurança liga-se à própria noção de Estado Democrático de Direito, erigida como princípio fundamental da Constituição da República (art. 1º, caput), de modo a garantir o cidadão contra o arbítrio estatal, tendo presente a salvaguarda de elementos fundantes da sociedade realmente democrática, como o princípio democrático, o da justiça, o da igualdade, da divisão de poderes e da legalidade⁴.

Em tal contexto, ganha lugar de destaque o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República), princípio que exige como corolários a proibição de juízos de exceção e o princípio do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII), a igualdade (art. 5º, caput), aí compreendida a paridade de armas, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV), consideradas inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI), devendo o litígio ser solucionado por meio de decisão fundamentada (art. 94, inciso IX).

De mais a mais, o desenvolvimento, que se pode julgar excessivo, da penalização da vida social e política exige sejam as regras jurídicas formuladas de maneira simples, clara, acessível e previsível: daí a noção de Estado de Direito e o princípio da segurança jurídica, produtos de desenvolvimentos sociais cada vez mais complexos e de evoluções cada vez mais incertas.

Advertir-se, porém, que o jurista deve observar a ordem jurídica, atento ao valor da segurança jurídica, sem confundi-la com a manutenção cega e indiscriminada do *status quo*. Cumpre não identificar, outrossim, o valor da segurança jurídica com a “ideologia” da segurança, que tem por objetivo o imobilismo social.

Não se trata, também, de identificar o Estado com a ordem, e a lei com a justiça, subprodutos do positivismo, com o que se impediria o acolhimento de qualquer direito não-estatal, bem como a absorção dos reclamos de justiça do povo, a menos que com o expresse beneplácito do legislador. Essa percepção da realidade social revela-se míope e não desejada. A manutenção da ordem jurídica só pode ser realizada mediante questionamentos e aperfeiçoamentos,

⁴ *Sobre o ponto, José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, 5ª ed., São Paulo, RT, 1989, p. 103-108, e J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Fundamentos da Constituição, Coimbra, Coimbra ed., 1991, p. 82-85. Walther J. Habscheid, Droit Judiciaire Privé Suisse, Genève, Librairie de L'Université, 1981, § 50, I, p. 306, tratando da autoridade da coisa julgada, menciona que o Tribunal Federal Constitucional alemão (BverfGE 15, 319) sublinhou que o Estado de Direito tem como tarefa preservar a segurança do direito.*

em consonância com a racionalidade, que certamente passa pelo Estado, mas que vai além dele, atenta aos direitos construídos pelo processo histórico.

Ainda, o formalismo excessivo pode inclusive inibir o desempenho dos direitos fundamentais do jurisdicionado.

A sua vez, a efetividade está consagrada na Constituição Federal, art. 5º, XXXV, pois não é suficiente tão-somente 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 jus.

Outro ponto que devemos considerar, é que numa perspectiva constitucional, o processo não deve ser avaliado tão –somente com construções técnicas e conceituais, deve-se, inseri-lo na realidade política e social. Para tanto, a Corte Européia dos Direitos do Homem em vários pronunciamentos vem proclamando que a Convenção Européia dos Direitos do Homem ostenta por finalidade proteger direitos não mais “teóricos ou ilusórios, mas concretos e efetivos”⁵.

Para a Corte, a efetividade supõe, além disso, que o acesso à justiça não seja obstaculizado pela complexidade ou custo do procedimento. Tal implica que as limitações, sempre deixadas à margem de apreciação dos Estados nacionais, não podem em nenhum caso restringir o acesso assegurado ao litigante de tal maneira que seu direito a um tribunal seja atingido em sua própria substância, devendo ser observada “uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim visado”. Ainda segundo o Tribunal, o litigante não deve ser impedido “de empregar um recurso existente e disponível”, proibindo-se todo “entrave desproporcional a seu direito de acesso ao tribunal”⁶.

Impõe-se ressaltar, outrossim, que nos dias atuais por vários fatores há uma maior prevalência do valor da efetividade sobre o da segurança. Um dos aspectos é a mudança qualitativa dos litígios trazidos ao Judiciário, numa sociedade de massas, com interesse de amplas camadas da população, a tornar imperativa uma solução mais rápida do processo e a efetividade das decisões judiciais. Outro fator significativo é a própria adoção dos princípios

5 *Arestos de 24.7.1968, no caso “lingüístico belga”, série A, nº 6, p. 31, §§ 3 in fine e 4; Golder vs. Reino Unido, de 25.2.1975, série A, nº 18, p. 18, § 35 in fine; Luedicke, Belkacem e Koç, de 28.11.1978, série A, nº 29, p. 17-18, § 41; Marckx, de 136.1979, série A, nº 31, p. 15, § 31, apud Bertrand Fravreau, Aux sources du procès équitable: une certaine idée de la qualité de la Justice, in Le procès équitable, cit., p. 11 e nota 3.*

6 *Arestos Levages Prestations Services vs. França, de 23.10.1996, Recueil, 1996-V, p. 1996-V, p. 1543, § 40, Brualla Gómez de la Torre vs. Agne, de 19.12.1997, § 33, Garcia Manibardo vs. Espanha, de 15.2.2000, apud Bertrand Fravreau, ob. cit., p. 11 e nota 8.*

e sua constitucionalização. A anterior tramitação fechada e a minúcia regulamentadora das atuações processuais (excesso de formalismo) dos códigos processuais, formados em período autoritário ou informados por ideologia dessa espécie, servia ao fim de controle da jurisdição e dos agentes forenses pelo centro do poder político, diminuindo a participação democrática dos sujeitos de direito. Tudo veio a mudar com a emergência dos princípios, considerados nessa nova perspectiva como direitos fundamentais, que podem e devem ter lugar de destaque na aplicação prática do direito, sobrepondo-se às simples regras infraconstitucionais⁷.

Essa mudança de paradigma, nos leva de um estado estático para um estado dinâmico⁸. Não mais se busca o absoluto da segurança jurídica, mas a segurança jurídica afetada de um coeficiente, de uma garantia de realidade. E, dentro dessas coordenadas, o aplicador deve estar atento às circunstâncias do caso, pois às vezes mesmo atendido o formalismo estabelecido pelo sistema, em face das circunstâncias peculiares da espécie, o processo pode se apresentar injusto ou conduzir a um resultado injusto.

Por outro lado, o abandono de uma visão positivista e a adoção de uma lógica argumentativa, com a colocação do problema no centro das preocupações hermenêuticas, assim como o emprego de princípios, de conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade, em detrimento de uma visão puramente formalista na aplicação do direito, haveria obviamente de se refletir no processo. Decorre daí, em primeiro lugar, a recuperação do valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, que há de frutificar pela cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo⁹.

As diretivas aqui preconizadas reforçam-se, por outro lado, pela percepção de uma democracia mais participativa, com um conseqüente exercício mais ativo da cidadania, inclusive de natureza processual.

Além de tudo, revela-se inegável a importância do contraditório para o processo justo, princípio essencial que se encontra na base mesma do diálogo judicial e da cooperação. A sentença final só pode resultar

7 *A respeito, Lebre de Freitas, Introdução ao processo civil — conceito e princípios Gerais à luz do Código Revisto, Coimbra, Coimbra ed., 1996, p. 74-76.*

8 *E como se verá, tal Estado dinâmico não pode mais legitimar seu monopólio da jurisdição mediante procedimentos estáticos e desconectados com a realidade dinâmica da própria sociedade.*

9 *“Nos dias atuais é possível afirmar, outrossim, que a lógica da argumentação corresponde a uma nova aproximação da democracia, fundada sobre a teoria da comunicação entendida como um processo interativo e com caráter legitimador da decisão”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 75.*

do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo. Ora, a idéia de cooperação além de exigir, sim, um juiz ativo e leal, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio.

Faceta importante a ressaltar é que a participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental¹⁰. Tal participação, além de constituir exercício de um direito fundamental, não se reveste apenas de caráter formal, mas deve ser qualificada substancialmente.

O que nos leva a extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da colaboração, na medida em que tanto as partes quanto o órgão judicial, como igualmente todos aqueles que participam do processo, devem nele intervir desde a sua instauração até o último ato, agindo e interagindo entre si com boa-fé e lealdade.

O cumprimento desse mandato constitucional de proteger o direito fundamental à tutela judicial efetiva, a que têm direito todas as pessoas, há de ser para os juízes e tribunais norte de sua atividade jurisdicional.

2.2. DO FORMALISMO EXCESSIVO AO FORMALISMO-VALORATIVO

Um formalismo excessivo, passa a ser o algoz da realização da justiça material, ao invés de propiciar uma solução rápida e eficaz do processo, contribui para a extinção deste sem julgamento do mérito, obstando a que o instrumento atinja a sua finalidade essencial.

Para afastar as conseqüências nefastas do formalismo excessivo, mostra-se necessário que o jurista, o operador prático do direito, muna-se de ferramentas que impeça tal desvio de perspectiva.

Antes de nada, impõe-se atentar às particularidades do caso concreto no trabalho de adaptação da norma, principal ou não, que por hipótese é geral e abstrata. Realmente, o processo de aplicação do direito mostra-se, necessariamente, obra de acomodação do geral ao concreto, a requerer incessante trabalho de adaptação e até de criação.

¹⁰ Nesse sentido J. J. Gomes Canotilho, *Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização*, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1990, p. 151-163, esp. p. 155, com amparo na sugestão do *status activus processualis*, formulada por P. Häberle.

Por essa via, o rigor do formalismo resulta temperado pelas necessidades da vida, assim como o conflito entre o aspecto unívoco das características externas e a racionalização material que deve levar a cabo o órgão judicial, entremeada de imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência ou postulados políticos, que rompem com a abstração e a generalidade. A sua vez, o juiz não é uma máquina silogística nem o processo, como fenómeno cultural, presta-se a soluções de matemática exatidão. Impõe-se rejeitar a tese da mecanicista aplicação do direito¹¹. Semelhante constatação mostra-se válida não só no plano estritamente jurídico, vinculado ao equacionamento de questões puramente de direito, como também na própria condução do processo e notadamente no recolhimento e valorização do material fático de interesse para a decisão.

Mesmo a condução do processo nem sempre apresenta face uniforme, variando o ritmo imprimido a partir de elementos só encontradiços na marca individual gravada do magistrado na utilização dos instrumentos processuais, apesar da importância e do carácter cogente com que se lhe dão a produzir os procedimentos na manufatura das decisões e outras manifestações essenciais no manejo do processo.

Ainda, a solução haverá de estar dentro do próprio sistema, pois, nessa matéria, como visto anteriormente, mostra-se inconveniente a atribuição de ampla liberdade ao órgão judicial. No domínio do direito processual, aliás, revela-se particularmente importante o papel do sistema, enquanto capaz de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica.

O capricho pessoal não só poderia pôr em risco a realização do direito material (pense-se na hipótese de o juiz impedir, a seu bel-prazer, a realização de certas provas) como também fazer periclitar a igualdade das partes no processo, sem falar na afronta a garantias fundamentais do cidadão em face do arbítrio estatal. Nesse aspecto, influi também a excessiva valorização do rito, com afastamento completo ou parcial da substância, conduzindo à ruptura com o sentimento de justiça.

Todavia, esse mesmo sentimento de justiça¹² pode servir para eliminar

¹¹ *O problema é tratado, em tempos mais recentes, por Luigi Ferrajoli, Derecho y razón — teoría del garantismo penal, trad. Perfecto Andrés Ibañez et al., Madrid, Trotta, 1995, p. 172-175, passim, advertindo que “em nenhum sistema o juiz é uma máquina automática; concebê-lo como tal significa fazer dele uma máquina cega, presa da estupidez ou, pior, dos interesses e condicionamentos do poder mais ou menos ocultos e, em todo caso, favorecer sua irresponsabilidade política e moral”.*

¹² *Calamandrei costumava recordar que a própria palavra sentença vem de sentire, a par da palavra sentimento, e chamava a atenção constituir a justiça “criação que nasce de uma consciência viva,*

a distância entre a abstração da norma e a concretude do caso trazido a juízo. O sentimento do justo concreto conduz ao problema da equidade com função interpretativa-individualizadora.

Tal entendimento decorre de atividade conatural ao ato de julgar, expressa na compreensão eqüitativa da regra de lei, e mais amplamente do direito a aplicar no momento da decisão. Parece adequada a imagem de que nessa aplicação da regra legal, do direito *tout court*, o sistema funcione como uma língua, isto é, como um sistema de regras de uso das palavras da linguagem jurídica na qual se nomeiam os fatos a serem apreciados e julgados.

Nessa perspectiva, o juízo de legalidade constata as características essenciais e comuns, enquanto o juízo de equidade ocupa-se com a compreensão das características acidentais e particulares da hipótese individual verificada, mas sempre levando em conta o sistema em que inserido. Assim, legalidade e equidade apresentam-se como dois aspectos distintos, mas logicamente indissociáveis da linguagem jurídica e do significado dos signos nela empregados, de sorte que convivem numa relação necessária e inafastável, um não existindo sem o outro.

No fundo, portanto, verifica-se uma falsa contraposição entre formalismo excessivo e informalismo arbitrário, já que todos os juízos são ou devem ser mais ou menos eqüitativos, ou iníquos, segundo o seu grau de compreensão das conotações específicas e diferenciadas da hipótese posta à apreciação do juiz¹³.

Em direito processual, mais ainda do que em outros ramos do direito, enquanto trabalho de adaptação do geral ao concreto, a equidade relaciona-se, intimamente, com os fins da norma e da própria finalidade do processo e da tarefa afeita à jurisdição. Embora o princípio mais alto seja o da justiça, por meio de uma igualdade de todos perante a lei, não se pode esquecer o caráter essencialmente finalístico do direito processual.

Finalismo esse não voltado para si mesmo, pois inexistente formalismo em si, senão direcionado para os fins últimos da jurisdição. A esse respeito, não se pode deixar de salientar que o fim do direito é servir à finalidade pragmática que lhe é própria.

sensível, vigilante, humana. É exatamente esse calor vital, esse sentido de contínua conquista, de vigilante responsabilidade que é necessário prezar e desenvolver no juiz" (apud Cappelletti, Ideologie nel processo civile, in Processo e ideologie, Bologna, Il Mulino, 1969 p. 3, nota 1).

13 Cf. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 162-163.

Processualmente, visa-se a atingir a um processo equânime, peculiar do Estado democrático de direito, que sirva à idéia de um equilíbrio ideal entre as partes e ao fim material do processo: a realização da justiça material.

Ademais, as formas processuais cogentes não devem ser consideradas “formas eficaciais” (Wirkform), mas “formas finalísticas” (Zweckform), subordinadas de modo instrumental às finalidades processuais, a impedir assim o entorpecimento do rigor formal processual, materialmente determinado, por um formalismo de forma sem conteúdo.

A esse ângulo visual, as prescrições formais devem ser sempre apreciadas conforme sua finalidade e sentido razoável, evitando-se todo exagero das exigências de forma.

Se a finalidade da prescrição foi atingida na sua essência, sem prejuízo a interesses dignos de proteção da contraparte, o defeito de forma não deve prejudicar a parte. A forma não pode, assim, ser colocada “além da matéria”, por não possuir valor próprio, devendo por razões de equidade a essência sobrepujar a forma. A não-observância de formas vazias não implica prejuízo, pois a lei não reclama uma finalidade oca e vazia. Na medida em que o ponto de vista da equidade concede espaço à discricção judicial, mesmo em se tratando de prescrições formais de natureza cogente, proporciona o instrumento para a superação da até então ameaçadora inflexibilidade da forma, mormente porque a equidade (segundo Radbruch) representa a justiça do caso concreto. Uma atitude livre também toma a visão da equidade contra a letra da determinação formal. Ela rejeita toda obediência cega ao Código. Por não serem reconhecidos princípios especiais restritivos na hermenêutica das normas formais, a interpretação não deve ser “mesquinha”, mas o mais possível “generosa” e livre.

Para nós, o informalismo só pode ocorrer se atendida a finalidade jurídica primacial do processo de realização do direito material, em tempo adequado e preservadas as garantias e direitos fundamentais das partes.

Impõe-se, portanto, a veemente rejeição do formalismo oco e vazio, que desconhece o concreto e as finalidades maiores do processo, descurando de realizar a justiça material do caso.

Se a forma não é oca nem vazia, o que importa é o conteúdo não o nome do ato processual. Significativo avanço nesse campo decorreu da célebre decretal do Papa ALEXANDRE III, de 1160, Livro II, tít. I, de judiciis, cap. VI, ao dispensar as partes de exprimir no libelo o nome da

ação, bastando a proposição clara do fato motivador do direito de agir¹⁴ e da qual exsurge princípio hoje fundamental: em direito processual, o nome atribuído à parte ao ato processual, embora equivocado, nenhuma influência haverá de ter, importando apenas o seu conteúdo.

De outro lado, o seu invólucro exterior, a maneira como se exterioriza, também perdeu terreno para o teor interno.

Por sua vez, tanto a organização do processo quanto o seu ordenamento e disciplina também não são destituídos de conteúdo. Ordem pela ordem não tem significado. Assim, se o juiz preservar as garantias das partes, vedado não lhe é adotar um ponto de vista mais maleável, adaptando o rigor formal ao caso, quando necessário para vencer o formalismo, obstaculizador da justiça na hipótese concreta.

Aliás, cumpre advertir que rigor formal não significa interpretação “estrita” da lei processual. Não só admissível interpretação sistemática e teleológica, como se impõe observada a mudança do sentido da lei pela alteração das idéias éticas fundamentais, devendo o trabalho hermenêutico jamais esquecer as linhas mestras do sistema constitucional, suas garantias e princípios, normas valorativas primaciais para a concretização de conceitos jurídicos indeterminados, preenchimento de lacunas e interpretação em geral da lei processual.

Entendemos que o que importa, ao fim, é o formalismo-valorativo. De tal sorte, o formalismo excessivo deve ser combatido com o emprego da equidade com função interpretativa-individualizadora, tomando-se sempre como medida as finalidades essenciais do instrumento processual (processo justo e equânime, do ponto de vista processual, justiça material, do ponto de vista material), e os princípios e valores que estão a sua base, desde que respeitados os direitos fundamentais da parte e na ausência de prejuízo.

Interessante aplicação do princípio da finalidade essencial seria a possibilidade e o é de se converter de ofício o procedimento sumário em ordinário. Sendo tal fato possível, pela interpretação construtiva do art. 244 do CPC¹⁵.

¹⁴ Mencionada por João Mendes de Almeida Júnior, *Direito Judiciário Brasileiro*, 5ª ed., adaptada por João Mendes Neto, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960, p. 133. Hans Karl Briegleb, *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, Leipzig, Tauchnitz, 1859, Nachdruck des Verlages Ferdinand Keip, Frankfurt a. M., 1969, § 7, p. 20, assim a reproduz: “Nomen actionis in libello exprimere pars non cogitur; debet tamen factum ita clare proponere, ut ex eo jus agendi colligatur”.

¹⁵ Para nós diante das dificuldades da estrutura judiciária, atingir-se-á de modo mais cabal a finalidade do processo sumário – uma mais rápida e eficiente solução da controvérsia judicial – com a adoção do rito

Tal solução parece estar dentro dos limites do sistema, ainda mais que aumenta as possibilidades de defesa do demandado e não implica qualquer prejuízo a algum princípio processual fundamental.

Em suma, no caso, a efetividade serve à segurança e relativiza a eventual nulidade decorrente da alteração do procedimento. Nem se argumente com um eventual interesse público na preservação do rito, do *due process of law*, como um valor absoluto e abstrato.

Como bem acentua Galeno Lacerda, certa, sem dúvida, a presença de interesse público na determinação do rito. Mas, acima dele, se ergue outro, também público, de maior relevância: o de que o processo sirva, como instrumento, à justiça humana e concreta, a que se reduz, na verdade, sua única e fundamental razão de ser^{16,17}.

Por outro lado, constitui exemplo emblemático de formalismo excessivo a extinção do processo sem julgamento do mérito, depois de realizada a prova, em primeiro ou segundo grau de jurisdição, somente por considerações de ordem formal, com absoluta prevalência do meio sobre o fim. Nessa fase adiantada do processo, nenhuma razão justifica o reconhecimento da inadequação da forma especial, se já existem todos os elementos necessários ao pronunciamento de mérito.

Para que afrontar os princípios da efetividade e da economia processual e começar tudo de novo em outro juízo, quando já é possível o pronunciamento sobre o mérito, com a realização das finalidades essenciais do processo? Apenas por que a forma denunciação da lide não é admitida, e sim a forma ação autônoma de regresso? Todavia, o próprio Código dá resposta adequada à indagação. Consoante o disposto na regra contida no art. 250 do CPC, o erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais. Mesmo assim, e o ponto é assaz importante, nos termos

ordinário.

16 Galeno Lacerda, *O Código e o formalismo processual*, Revista da Ajuris, vol.28, p. 10.

17 "Processo Civil. Ação rescisória. Recurso inadmitido por intempestividade. Início do prazo decadencial. Correntes. Exegese. Mesmo quando se perfilha a corrente segundo a qual o prazo decadencial para o ajuizamento da rescisória se conta do trânsito em julgado da decisão e não do acórdão que não conheceu, por intempestivo, do recurso, uma vez que a interposição extemporânea desse não elide o trânsito já consumado, circunstâncias especiais do caso concreto podem afastar o reconhecimento da decadência. A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças." (REsp 299-RJ, relator Min. Sálvio de Figueiredo, j. 28-8-1989, RJSTJ, 4(1989):1554-1562.)

do parágrafo único do mesmo dispositivo, dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa.

O formalismo-valorativo, informado nesse passo pela lealdade e boa-fé, que deve ser apanágio de todos os sujeitos do processo, não só das partes¹⁸, impõe, como visto anteriormente, a cooperação do órgão judicial com as partes e destas com aquele. Esse aspecto é por demais relevante no Estado democrático de direito, que é tributário do bom uso pelo juiz de seus poderes, cada vez mais incrementados pelo fenômeno da incerteza e complexidade da sociedade atual e da inflação legislativa, com aumento das regras de equidade e aplicação dos princípios. Exatamente a lealdade no emprego dessa liberdade nova atribuída ao órgão judicial é que pode justificar a confiança atribuída ao juiz na aplicação do direito justo. Ora, tanto a boa-fé quanto a lealdade do órgão judicial seriam flagrantemente desrespeitadas sem um esforço efetivo para salvar o instrumento dos vícios formais.

Em conclusão pode-se afirmar que o sistema brasileiro dispõe de meios suficientes para vencer o formalismo pernicioso e conduzir o processo a suas reais metas. Mostra-se necessária, tão-somente, uma atitude mais aberta, talvez uma mudança de mentalidade, para o enfrentamento de problemas dessa ordem.

Advirta-se, no entanto, que o juiz não pode ser arbitrário e desprezar o formalismo virtuoso, a seu bel prazer. Não se esqueça que a apreensão hermenêutica da realidade, inclusive a jurídica, só é possível porque o sujeito cognoscente conhece de antemão a linguagem em jogo e o alcance da instrumentação nela empregada.

3. RITO ORDINÁRIO E RITO SUMÁRIO – UMA DUALIDADE ANACRÔNICA E PERIGOSA

3.1. A ATUAL INEXISTÊNCIA DE DISPONIBILIDADE E DISCRICIONARIEDADE SOBRE O RITO.

Em sua obra “O novo processo civil brasileiro”, originalmente lançado em 1975, afirma Barbosa Moreira, em passagem de clareza profunda, que a previsão legal acerca dos ritos processuais e seus respectivos procedimentos não está, de modo algum, sujeita a alterações, seja por vontade do autor, seja por acordo entre as partes. Segundo os argumentos

¹⁸ *Note-se que o art. 14 do CPC, redação da Lei n. 10.358, de 27.12.2001, imputa o dever de proceder com lealdade e boa-fé a “todos aqueles que de qualquer forma participam do processo”.*

apresentados pelo célebre jurista carioca, nem mesmo a conversão do rito por iniciativa do julgador seria admissível, vez que não teria tais poderes discricionários¹⁹ sobre a determinação legal. Desta feita, estaria presente no Código de Processo Civil, bem como nas palavras de Barbosa Moreira, determinação expressa da impossibilidade de alteração do procedimento sumário pelo ordinário, muito bem fundamentada²⁰.

Semelhante apontamento é feito por Candido Rangel Dinamarco em seu clássico “Instituições de Direito Processual Civil”, em que afirma serem motivos de ordem pública os que determinaram a previsão dos ritos e, daí, sua indisponibilidade²¹.

Tais afirmações, todavia, introduzem, a nosso ver, certo desconcerto no intérprete, mormente em estágio da exegese constitucional em que já restou enraizada em nosso conhecimento jurídico o papel do julgador no sentido da direção material do processo, bem como a conotação do próprio processo como instrumento da realização efetiva do direito material aplicável aos casos concretos. Em tempos em que não se admite mais a passividade do juiz, como dito alhures, diante da luta dos contendores processuais, se mostra, a nossos olhos, deveras anacrônica a determinação de tamanha passividade do juiz.

19 *Não se pretende aprofundar a questão aqui posta no sentido de se questionar a existência de discricionariedade judicial. O tema, muito embora de grande importância, obnublaria nossos maiores interesses que, conforme esclarecido, se vinculam à um olhar crítico à conexão entre o sistema processual civil e a Constituição Federal.*

20 *“Prevê o Código a aplicação subsidiária das disposições que regem o procedimento ordinário às causas que hajam de observar o sumário (art. 272, parágrafo único, acrescentado pela Lei nº 8.952); não contempla, todavia, a possibilidade de empregar-se o procedimento ordinário no lugar do sumário, em qualquer das hipóteses de cabimento deste. A rigor, é inadmissível a substituição do procedimento sumário pelo ordinário, quer por opção exclusiva do autor, quer mediante acordo das partes. Deve-se excluir antes de mais nada a possibilidade de optar o autor, a seu talante, pelo procedimento ordinário. É um equívoco pensar que tal substituição jamais cause prejuízo ao réu, simplesmente por assegurar-lhe maior amplitude de defesa. A essa suposta vantagem pode muito bem sobrepor-se o interesse, que tenha o réu, de ver rapidamente julgada a causa, a fim de liberar-se mais cedo dos inconvenientes da litispendência. Ainda, porém, quando exista consenso, sobreleva a consideração de que o procedimento sumário foi instituído menos no interesse particular dos litigantes que em atenção ao interesse público na célere composição dos litígios. A matéria escapa, assim, ao poder dispositivo das partes”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. 25ª Ed. Rio de Janeiro. Forense. 2007. Pág.102-103.*

21 *“As razões de ordem pública que levam o legislador a instituir procedimentos diferentes entre si e atribuir a cada um deles determinadas causas tolem as partes a liberdade de fazer suas próprias escolhas. (...) a oferta do procedimento sumário pela lei (art. 275, incs. I-II) tem na ordem pública sua razão de ser e é do interesse da justiça que tais causas se processem por um modo e não por outro; do contrário, com uma mão estaria o legislador a instituir um procedimento que reputa conveniente e com outra, permitindo que sua opção ficasse esvaziada pela vontade dos particulares”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. V.III. 6ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2009. Pág.738-739.*

Por tais motivos é que nos foi surpreendente a afirmação do próprio Barbosa Moreira no sentido de aplaudir a cada vez mais solidificada instrumentalidade do processo civil brasileiro, bem como o incremento nas funções do juiz enquanto órgão que dirige materialmente o processo²², mesmo estando tais afirmações e interpretações em total descompasso com a previsão legal acerca do procedimento comum pelo rito sumário.

É inegável que se deve ter em conta a função garantística das formas procedimentais no processo civil brasileiro, respeitando-se o formalismo. Não obstante tal consenso doutrinário, há muito se considera que a forma, única e exclusivamente pela forma, não tem outra função do que retardar o provimento judicial e a conseqüente tutela judicial, podendo (paradoxalmente) gerar preclusões que, ao invés de mais celeremente entregar a devida tutela, acabam por retardar e até mesmo inutilizar o processo.

É nesta linha o magistério de Bedaque ao afirmar que a atividade judicial não se destina apenas à manutenção da forma, mas também, e principalmente, à aplicação do direito positivo, sempre preservadas as garantias constitucionais e processuais²³. É por tais motivos que vimos nos questionamos acerca da sistematização e do relacionamento entre a necessidade e vinculação da manutenção das formas (e prazos e preclusões) no procedimento comum pelo rito sumário e a liberdade do julgador nos casos processados pelo rito ordinário.

Desta forma, a questão ora proposta é a discussão acerca dos limites da vinculação do julgador e das partes ao procedimento (rito) previsto em lei em razão da matéria discutida, em especial aos procedimentos judiciais

22 *"A tendência a dar maior realce ao papel do juiz corresponde, como bem se compreende, a uma acentuação mais forte do caráter publicístico do processo civil. O interesse do Estado na atuação correta do ordenamento, através do aparelho judiciário, sobrepõe-se ao interesse privado do litigante, que aspira acima de tudo a ver atendidas e satisfeitas as suas próprias pretensões. É a antiga visão do "duelo" entre as partes, ao qual assistia o juiz como espectador distante e impassível, que cede o passo a uma concepção do processo como atividade ordenada, ao menos tendencialmente, à realização da justiça. Moreira, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual. Rio de Janeiro. Saraiva. 1977. Pag.11.*

23 *"Afinal de contas – e esta afirmação está fundada na tendência já consolidada de publicização do processo – a atividade judicial não se destina somente a assegurar o cumprimento da técnica e das regras formais do procedimento. Acima de tudo, o juiz deve conduzir o processo, na medida do possível, de modo a extrair dele os dados da situação de direito material necessários à solução do litígio, entregando a tutela jurisdicional ao vencedor o mais rápido possível, sem perder de vista a segurança garantida pelos princípios que compõem o devido processo constitucional. Em outras palavras, compete-lhe a direção material, e não simplesmente formal, do processo. O contraditório não deve mais ser visto apenas como instrumento destinado a assegurar às partes paridade de armas na luta por elas travada. Mais que isso, é meio pelo qual o juiz exerce sua atividade possibilitando-lhe a formação do convencimento". Bedaque, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 2ª. Ed. São Paulo. Malheiros. 2007. Pág.110-111.*

de cognição exauriente, a saber, o ordinário e o sumário²⁴, conforme apontado no artigo 272 do diploma processual.

Sabemos que o Código de Processo Civil elegeu, em razão de determinadas matérias bem como em razão do valor discutido na causa, o procedimento sumário previsto nos artigos 275 à 281 do Código de Processo Civil, determinando ainda que tal procedimento tenha regras próprias, somente podendo o julgador aplicar regras do procedimento comum ordinário de forma subsidiária às primeiras. Desta feita, em razão do valor discutido, estarão as partes vinculadas a procedimento enxuto e sabidamente mais curto (que visa a celeridade), mas que traz em seu bojo uma gama maior de possibilidades de preclusão²⁵ no que diz respeito às provas a serem produzidas nos autos.

Note-se que, enquanto tem-se admitido cada vez mais a postura do juiz na condição de dirigente material do processo, aceitando-se a possibilidade de que este determine a produção de provas *ex officio* nos casos submetidos a processamento pelo procedimento comum ordinário, por sua vez, os casos que, em razão da matéria, forem processados pelo procedimento sumário, acabam por desmunicar o julgador de inúmeras ferramentas para a melhor cognição acerca dos fatos. Com um procedimento estanque, em que se pretende formar a convicção do julgador apenas tendo as diretrizes do ônus da prova de critérios apriorísticos e com as provas trazidas pelas partes ao processo, deixam de estar presentes no procedimento comum pelo rito sumário inúmeros procedimentos que prestigiam a liberdade instrutória que ao julgador foram ofertados na evolução da interpretação do procedimento comum pelo rito ordinário.

24 “O procedimento de cognição plena e exauriente é o procedimento comum do processo de conhecimento, seja ordinário ou sumaríssimo (este último é caracterizado apenas pela abreviação do iter procedimental, em nada interferindo com a cognição). O processo especial dos juizados especiais de pequenas causas instituídos pela Lei nº 7.244 de 07.11.84, hoje denominados, pela Lei nº 9.099 de 26.09.95, de juizados especiais de causas cíveis de menor complexidade, apesar da extrema simplicidade, informalidade e celeridade, é de cognição plena e exauriente, apto, portanto, à formação da coisa julgada material, e não processo de cognição superficial”. Watanabe, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2ª Ed. Campinas. Bookseller. 2000. Pág.115.

25 “O instituto da preclusão tem imensa relevância no sistema brasileiro de procedimento rígido. Ele dá apoio às regras que regem a ordem seqüencial de realização dos atos do procedimento e sua distribuição em fases – fazendo-o mediante a imposição da perda de uma faculdade ou de um poder em certas situações. Quando a preclusão ocorre, já não poderá a parte realizar eficazmente o ato a que tinha direito nem exigir do juiz os atos que antes poderia exigir. Com isso, ela é um dos grandes responsáveis pela aceleração processual”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V.II. 6ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2009. Pág.466.

3.2. O QUE NÃO SE PRETENDE QUESTIONAR

Num primeiro momento, pode parecer que este trabalho tem como objetivo questionar a validade dos ganhos obtidos com a simplificação dos procedimentos judiciais em busca de uma maior celeridade na prestação da tutela jurisdicional²⁶. Todavia, este não é o desiderato. Não se pode negar – como já salientado nas páginas anteriores - que os ganhos de celeridade procedimental são importantes para a efetividade da garantia constitucional de acesso ao judiciário (que deve, sim, ser lida como garantia de acesso à ordem jurídica justa).

A possibilidade de aceitação de uma estrutura processual que admita prolongar os ritos por longos tempos impõe revezes a todos que estejam participando do processo. Às partes, acaba-se por excluir a segurança de acesso ao judiciário, uma vez que uma tutela jurisdicional intempestiva é o mesmo que a ausência da tutela. Ao próprio Estado, personificado no julgador, acaba-se por paulatinamente minar a legitimidade de sua estrutura processual que não cumpre seu objetivo maior, qual seja o de, mediante o processo (entendido como o meio estatal de solução de controvérsias), garantir a outorga da tutela jurisdicional de forma segura, efetiva e com justiça e pacificação social²⁷.

O objetivo deste estudo se restringe a apontar uma efetiva inconsistência nas previsões do procedimento comum pelo rito sumário que, ao não permitir a conversão de sumário em ordinário no caso de manutenção da dúvida do julgador, acaba por impedir que o juiz efetivamente forme (quando a dúvida se mantiver) um convencimento sobre os fatos. Trata-se, no fundo, de uma dúvida crucial acerca da legitimidade da previsão inafastável de ritos estabelecidos por um pretensão legislativa anacrônica baseada em critérios também ilegítimos de segregação, dentre os quais resplandece o critério pecuniário.

26 “A sumariedade do procedimento regulado nos arts. 275 ss. Do Código de Processo Civil significa que ele é concebido para ser mais breve no tempo do que o ordinário, o que a lei procura obter por três modos: a) mediante a maior concentração dos atos processuais; b) mediante a redução de possíveis respostas do réu; c) mediante alguma restrição à admissibilidade da prova pericial. Concentração procedimental é a aproximação temporal entre os atos do procedimento, de modo a fazer com que o processo dure menos entre o ato inicial de sua instauração e o final, de julgamento do mérito (demanda e sentença)”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V.III. 6ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2009. Pág.726.

27 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª. Ed. São Paulo. Malheiros. 2007. Pág.40.

Por mais que tenha a jurisprudência adequado (ainda que de maneira informal) o procedimento às garantias constitucionais e possibilitado até mesmo conversões não previstas em lei²⁸, entendemos, como já apresentado neste trabalho, que existe a necessidade de se adequar a própria redação do Código de Processo Civil tanto o em vigor como o a vigorar, inserindo neste novos modos de adaptabilidade de procedimentos por parte do julgador nos casos em que, apesar de efetivamente seguido as determinações técnicas previstas na Lei, mantenha-se o julgador no estado de dúvida e exista a possibilidade de formação de seu convencimento. É o que se passa a apontar mais detalhadamente.

3.3. O EFETIVO PONTO DE DÚVIDA

É entendimento fundante das atuais correntes doutrinárias do direito processual civil brasileiro aquele segundo o qual nossa legislação processual não permite ao julgador, como bem lembrado acima, a alteração do procedimento comum pelo rito sumário por sua discricionariedade. Também se pode apontar a anacrônica visão, ainda entremeada nas cabeças dos processualistas, segundo a qual o direito processual é refém de uma tipicidade semelhante àquela que rege o direito penal. Tais interpretações vão aos poucos sendo afastadas - como exemplificado em nota segundo a qual o Superior Tribunal de Justiça já admitiu tais alterações. Não obstante, de se ressaltar que as hipóteses de conversão de rito devem ser consideradas pelo julgador levando em conta as especificidades do caso, quais sejam, matéria discutida, valor da causa e, no aspecto probatório, a necessidade de produção de prova pericial de maior complexidade²⁹. É omissis o código (nitidamente inspirado pela doutrina da passividade judicial) no que diz respeito à possibilidade de o julgador, em sede de rito sumário, determinar provas para formar seu convencimento. E mesmo

28 *"Processual Civil. Agravo no Recurso Especial. Ação indenizatória. Acidente de trânsito. Procedimento: adoção do rito ordinário ao invés do sumário. Possibilidade. Precedentes. - A jurisprudência do STJ acolhe entendimento no sentido de que, inexistindo prejuízo para a parte adversa, admissível é a conversão do rito sumário para o ordinário - Não há nulidade na adoção do rito ordinário ao invés do sumário, salvo se demonstrado prejuízo, notadamente porque o ordinário é mais amplo do que o sumário e propicia maior dilação probatória. Agravo não provido (grifos nossos)". (AgRg no REsp 918888 / SP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL n.º 2007/0013955-3 – Rel. Min. NANCY ANDRIGHI – 3ª Turma - j 28/06/2007).*

29 *Neste sentido, a disposição legal é explícita ao somente permitir a conversão de sumário em ordinário quando houver erro em relação ao valor e/ou material, ou no caso de necessidade de prova técnica de maior complexidade, ou seja, prova pericial cuja complexidade não se compatibiliza com a realização em audiência. Neste sentido, a previsão legal: Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro. (...)§ 4º O juiz, na audiência, decidirá de plano a impugnação ao valor da causa ou a controvérsia sobre a natureza da demanda, determinando, se for o caso, a conversão do procedimento sumário em ordinário. § 5º A conversão também ocorrerá quando houver necessidade de prova técnica de maior complexidade.*

que se considere as regras de aplicação subsidiária do rito ordinário ao sumário, parece-nos estar obstada tal possibilidade no modelo atual, haja vista o argumento da celeridade que inspira tal rito.

Desta feita, num primeiro momento, podemos afirmar que existe um conflito principiológico no procedimento sumário e até mesmo na existência de dois ritos estantes, previamente estabelecidos e intercomunicáveis tão somente em casos previstos na legislação. Por um lado, é inegável que a superação do entendimento segundo o qual o julgador não passa de um mero observador é necessária, incentivando-se a exegese de acordo com a qual seu objetivo é, na verdade, realizar no caso concreto a vontade da lei no tempo adequado. Trata-se de manifestação do princípio instrumental do processo e deve ser observada por todo ordenamento jurídico e aplicada no processo.

Por outro lado, o princípio da celeridade processual, informador do procedimento comum pelo rito sumário, também se manifesta. Deste modo, no caso de aceitarmos tal um conflito principiológico, como se pode melhor resolver a questão? Considerado que o procedimento comum pelo rito sumário é efetivamente um processo de conhecimento, de cognição exauriente no plano vertical, como se pode interpretar as previsões procedimentais previstas no Código sem que haja um atentado ao modo de produção da coisa julgada material e, por outro lado, se mantenha o respeito à previsão constitucional de razoável duração do processo e da própria efetividade?

É sabido que o modelo no qual se baseia o procedimento comum pelo rito sumário tem sua raízes encontradas já no Decreto 848 de 1890, o qual previa, em seu capítulo XXVII, o procedimento para processamento das “ações sumárias”, cabíveis quando o valor da causa não excedesse “um conto de réis”³⁰.

Deste modo, fica evidente que o critério pecuniário sempre foi um elemento importante na estipulação de procedimentos mais ou menos pormenorizados e mais ou menos rápidos em sua conclusão.

Todavia, muito embora a visão de celeridade processual se mantenha (e cada vez mais se assente) como sendo o grande viés do processo civil contemporâneo, fato é que não se pode aceitar que, por uma omissão da legislação, não se tenha uma regra direta sobre como deve atuar o julgador

30 Art. 181. “A acción sumaria é competente em todas as causas de valor não excedente de um conto de réis, quando a estas não for assignalada acción especial”.

no caso de, mantendo-se em dúvida quanto aos fatos e ao direito ao fim da instrução no procedimento comum pelo rito sumário, julgar necessária o prolongamento da instrução para melhor formar seu convencimento.

Observe-se que, caso assim não fosse, ou seja, caso aceitássemos a possibilidade da priorização da livre atividade instrutória do juiz nos casos submetidos a processamento pelo rito ordinário e a exclusividade do princípio da celeridade processual no rito sumário (que acaba por recolocar o julgador na sua posição de mero espectador que, uma vez terminada a instrução, julga ou aplica as regras do ônus de prova pré estabelecidas), teríamos em nosso sistema processual, em virtude da matéria e mais especificamente em razão do valor, uma “justiça de primeira classe” e uma “justiça de classe econômica”³¹.

Numa, em razão dos valores discutidos, estaríamos incentivando a efetiva aplicação do direito material e noutra apenas aplicando regras em total desconsideração aos princípios constitucionais, dentre os quais a ampla interpretação do princípio da inafastabilidade da jurisdição (o qual pressupõe a efetividade do processo, entendida enquanto a entrega da tutela efetiva ao caso concreto).

A conversão de sumário em ordinário (no que diz respeito à formação do convencimento do juiz e às questões probatórias) pelo juiz, somente é autorizada quando houver “necessidade de prova técnica de maior complexidade”, o que somente possibilita tal alteração quando houver necessidade de perícia complexa. É omissa o Código, contudo, acerca de eventual necessidade de provas em geral. E se admitirmos que outras provas trazidas ao processo poderiam auxiliar na formação da convicção do juiz e que o próprio código impede tal atividade instrutória, bem como impede que o julgador altere o rito de sumário para ordinário, então estaremos diante de uma nítida vedação legal à aplicação das normas materiais ao caso concreto, num escancarado retorno aos tempos da aceitação da mera verdade formal como suficiente ao julgamento definitivo.

Note-se que, no caso aventado, é o próprio procedimento comum pelo rito sumário que se mostra não-instrumental e ineficiente para o alcance dos desideratos apontados como regras de nosso modelo processual constitucional.

³¹ *Perceba-se que tal observação não se faz válida para os processo em trâmite pelos Juizados Especiais Cíveis, vez que há na Lei 9.099 a possibilidade de escolha por parte do autor, a qual lhe é vedada no procedimento comum.*

O argumento da celeridade, como evidente, não pode em nenhuma hipótese reduzir drasticamente o direito à produção das provas³². Caso se aceitasse uma total restrição à produção probatória – e conseqüentemente uma restrição da possibilidade de cognição do julgador quanto aos fatos – estar-se-ia a incentivar a instauração de um procedimento nobre e outro plebeu dentro de nosso sistema, fenômeno que somente se pode evitar com a estipulação de regras objetivas quanto à possibilidade de conversão de rito no caso de persistência do estado de dúvida do julgador.

Neste sentido é que se afirma que, nos moldes da atual redação do Código de Processo Civil, o procedimento comum pelo rito sumário não atende com satisfação o princípio de acesso à justiça, previsto em nossa Constituição Federal³³. Não há que se falar unicamente de acesso à justiça como sendo o objetivo desmesurado de encerramento de processos e entrega de uma tutela jurisdicional de má qualidade. Quando se fala em acesso à justiça, deve-se compreendê-la como sendo a conseqüência de um acesso à ordem jurídica justa, em tempo razoável, tendo havido a garantia dos direitos fundamentais de ampla defesa, contraditório e de produção de provas³⁴.

Não se pode negar, sob pena de se buscar ocultar o óbvio, que vivemos numa sociedade em que a velocidade se tornou elemento cultural definidora de nossa própria identidade. A rapidez dos meios de comunicação, a velocidade de nosso cotidiano, as exigências cada vez maiores de produtividade, a contínua conectividade que extinguiu a noção de distância (elemento por muito tempo caracterizador de inúmeros

32 “A prova oral, quando necessária, será realizada na audiência de instrução e julgamento a ser designada com esse fim específico (art. 287, §2º). O número de testemunhas a serem arroladas na petição inicial e na contestação é o mesmo que no procedimento ordinário, ou seja, dez no total e três para a prova de cada fato (art. 407, par.). Por duas razões não é legítimo reduzir o total à disposição de cada parte a três, por analogia com o disposto para o processo dos juizados especiais cíveis (LJE, art. 34): a) porque o procedimento sumário não é facultativo para o autor, como é aquele processo especialíssimo; b) porque a complexidade dos fatos dependentes de prova oral não autoriza o juiz a converter o procedimento em ordinário (como em caso de complexidade da prova técnica – art. 277, §5º). Sem alternativas para a melhor defesa de seus interesses, tanto o autor como o réu ficariam atingidos em seu direito à ampla defesa e à prova, com o risco de suportar injustiças”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V.III. 6ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2009. Pág.757.

33 *A bem da verdade, é o próprio sistema estanque de ritos preestabelecidos que entra em descompasso com a realidade dinâmica da sociedade e o modelo constitucional do processo donde provém os poderes instrutórios do juiz*

34 “Portanto, o acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania. Por esta razão, a Justiça deve ser pensada sob o ponto de vista dos consumidores da prestação jurisdicional. Ademais, de acordo com o art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, o jurisdicionado não tem apenas o direito ao Acesso à Justiça, mas o direito à duração razoável do processo que, certamente, sob pena de vilipêndio à aludida garantia constitucional, deverá concretizar o direito da parte que tem razão”. OLIVEIRA, Flávio Luís. “Princípio do Acesso à Justiça”. In: **Princípios Processuais Cíveis na Constituição**. Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes (coords). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

sentimentos humanos), enfim, todos estes traços de nossa atual sociedade influenciam nossa crescente demanda de rapidez e eficiência por parte dos órgãos estatais, dentre os quais, inegavelmente se situa o Poder Judiciário. E não se pode utilizar o argumento de que o incremento de velocidade nas relações da sociedade não gere encargos para o Poder Público, uma vez que a conexão entre ambos – sociedade e Estado -, no que diz respeito ao método estatal de solução de controvérsia (processo), é indissociável.

Contudo, e por outro lado, não se pode admitir que, em virtude de critérios pecuniários, o sistema processual admita a existência de dois tipos de procedimentos que não tenham conexão entre si. E, uma vez mais, ressalte-se que não se está aqui a unicamente propalar o fim de procedimentos que visem a celeridade dos julgamentos. De modo algum! Unicamente se aponta a existência de um descompasso principiológico existente no atual sistema processual de cláusulas típicas e imunes à integração judicial.

Considerando tais argumentos, é que se assume a necessidade de se admitir que o sistema procedimental brasileiro receba um novo tratamento principiológico, visando à sua adaptabilidade aos novos tempos e às novas situações levadas à juízo, bem como aos novos poderes jurisdicionais extraídos de nossa Carta Magna.

4. DO PROJETO DE UM “NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL” E A SUPERAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DE RITOS

O anteprojeto de um novo Código de Processo Civil para o Brasil busca atender aos reclamos dos juristas no sentido de proporcionar um processo mais célere e econômico, sem prejudicar o constitucional direito a ampla defesa. Para tanto, o novo modelo processual pretende uma redução em suas formalidades bem como o aumento do número de cláusulas abertas, a serem integradas pelo julgador conforme a causa *sub judice*.

Objetiva-se equilibrar as duas exigências contrapostas da rápida solução do litígio, tendente a trazer justiça o quanto antes, e o direito ao contraditório, assegurador da segurança jurídica e de uma maior qualidade dos julgados. A prestação jurisdicional efetiva é um dos parâmetros de democracia e de civilidade, sendo essencial ao desenvolvimento de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

O novo código terá seis Livros, versando sobre a Parte Geral, o Processo de Conhecimento, o Processo de Execução, os Procedimentos Especiais, os Meios de Impugnação das Decisões Judiciais e as

Disposições Gerais e Transitórias. Não obstante sua estruturação formal, pode-se perceber no novo desenho processual um incremento considerável no número de *cláusulas jurídico-processuais abertas*, com o evidente desiderato de absorver a dinâmica já existente na sociedade, modificando expressamente a postura esperada do julgador que passa a ser um integrador da norma processual.

Um dos exemplo que melhor denota esse objetivo de simplificação dos procedimento e de abertura das cláusulas e regras processuais é a superação da tipicidade objetiva das regras processuais, com a construção legislativa de um modelo dotado de cláusulas passíveis de integração. Não por outro motivo é que se dá a supressão da previsão taxativa de dois modelos estanques e pré-estabelecidos de rito procedimental. Neste passo, o projeto do novo Código de Processo Civil institui um único rito procedimental comum, o qual passa a ser expressamente passível de modificações fundamentadas pelo julgador. Essa adaptabilidade deve responder aos ditames e necessidades do caso concreto. Deixa de haver uma dicotomia entre procedimento ordinário e procedimento sumário, restando apenas um procedimento de conhecimento com um único rito procedimental. As testemunhas serão arroladas na inicial e na contestação, devendo comparecer independente de intimação.

A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa.

Como ponto fulcral da revolução hermenêutica processual possivelmente decorrente do projeto de Códex pode-se apontar o artigo 151, § primeiro que dispõe sobre o modo como deve o juiz conduzir o processo e a observância do procedimento. Senão veja-se:

“Art. 151. Os atos e os termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

§ 1º Quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste.”

Entendemos que por esse artigo, o Código de Processo Civil traz para a teoria processual brasileira a superação do paradigma vinculativo do juiz ao procedimento estanque, tornando desnecessária a elaboração de dois ritos estanque e de comunicação preestabelecida, como são hoje os procedimentos comuns pelo rito ordinário e sumário.

Assim é que independente da matéria e do valor da causa, poderá o juiz da causa modelar o processo às necessidades da causa, sempre observando o contraditório e a ampla defesa.

5. DAS VANTAGENS DO NOVO MODELO FRENTE À REALIDADE CONTEMPORÂNEA

É inegável que todos os modelos processuais tem suas falhas. Afinal, a própria relação humana e social subjacente aos processos judiciais é mutante, o que impede a perenidade dos modelos. Não obstante tal constatação, o novo modelo proposto no projeto de Código de Processo Civil parece ser uma evolução já tardia porém ainda desejada por nossa comunidade jurídica, vez que consolida no Código a teoria processual doutrinária surgida nas últimas décadas. Assim é não só na superação da indisponibilidade de ritos e procedimentos, mas também em outros aspectos.

Em primeiro lugar a nova estrutura principiológica consubstanciada no projeto admite e assume a postura ativa do juiz como um elemento fundamental e condição para uma efetiva jurisdição voltada à efetividade com segurança jurídica. Supera-se o pavor da comunidade jurídica ante os juízes ativos, tornando clara que o maior mal é a passividade do juiz que não percebe as disparidades entre os contendores, as necessidades do caso concreto e seus deveres na condução do processo civil cooperativo.

Além disso, torna clara a obsolescência do modelo de tipificação taxativa, imune à integrações por parte do juiz, segundo o qual a lei processual seria algo pronto, meramente formal e desconectado da realidade quem que se lhe aplica. Essa superada visão – de origem ligada ao alvorecer do racionalismo garantista francês – dá lugar a um processo civil continuamente moldado pelos julgadores e no qual assume peso a função do precedente judicial enquanto regra de entendimento da aplicação da lei aos casos.

Como se mostra evidente, a junção dessas duas características faz ruir a pretensão de elaboração de ritos processuais imutáveis e determinados em razão da matéria e do valor das causas, cisão que não colabora com a efetiva construção da cognição judicial exauriente.

E por derradeiro, e como conseqüência, a nova visão faz superar os efeitos nefastos da dissociação da justiça comum em duas, o que ensejava a existência de um modelo de processo “de elite” contra um modelo processual “proletário”, tudo em razão do valor discutido.

6. CONCLUSÃO

Verificou-se no presente trabalho a inconsistência do atual modelo processual de divisão do procedimento comum em ordinário e sumário, bem como o da própria estipulação prévia de modelos procedimentais estanques e imutáveis. Tal modelo, vigente desde a elaboração do Código atual no início dos anos 70, foi de grande valia na construção do modelo processual brasileiro desde então, tendo, todavia, perdido paulatinamente seu ponto de contato com as demandas sociais desde então.

Assim, o objetivo do presente artigo foi o de justamente incutir a dúvida acerca do compasso entre os atuais modelos de interpretação do processo civil à luz da Constituição e a estrutura processual formal existente.

Teceram-se longas ponderações acerca dos efetivos valores constitucionais a regerem a exegese do direito processual civil, bem como dos efetivos valores a serem buscados pela comunidade jurídica na busca por um sistema processual que não mais se atenha às minúcias anacrônicas de outrora, colocando o juiz no seu efetivo lugar de verdadeiro *Law maker*.

Como ponto de apoio, indicou-se a elaboração de um projeto de Código de Processo Civil como sendo um contraponto principiológico, vez que o projeto adota uma interpretação das estruturas processuais muito mais dinâmica e dotada de cláusulas abertas a serem integradas pelo julgador, consideradas as peculiaridades do caso e garantidos o contraditório e a ampla defesa.

Com tais ponderações, espera-se ter colaborado para a superação de uma dicotomia anacrônica em nosso sistema, qual seja o dos ritos distintos e engessados, insertos em um mesmo procedimento ordinário, e que a cada dia perde contato com a realidade fluida, dinâmica e mutante de nossas sociedades. Entende-se que a melhor escolha para o futuro de nosso judiciário é aquele que valoriza o juiz, seus poderes, o contraditório e a ampla defesa, bem como o que compreende a aplicação da lei processual como uma atividade também criadora, sempre visando a aplicação e a realização dos valores constitucionais.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Direito Judiciário Brasileiro**, 5ª ed., Freitas Bastos, 1960.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2ª. Ed. São Paulo. Malheiros. 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização**, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1990.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V.II. 6ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V.III. 6ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón — teoría del garantismo penal**, trad. Perfecto Andrés Ibañez et al., Madrid, Trotta, 1995.

J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, **Fundamentos da Constituição**, Coimbra, Coimbra ed., 1991.

LACERDA, Galeno. **O Código e o formalismo processual**, Revista da Ajuris, vol.28, p. 10.

LEBRE de Freitas, **Introdução ao processo civil — conceito e princípios Gerais à luz do Código Revisto**, Coimbra, Coimbra ed., 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 25ª Ed. Rio de Janeiro. Forense. 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. Rio de Janeiro. Saraiva. 1977.

OLIVEIRA, C. A. Alvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**, Revista Forense, 372(mar.abr./2004).

OLIVEIRA, C.A. Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Flávio Luís. “Princípio do Acesso à Justiça”. In: **Princípios Processuais Cíveis na Constituição**. Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes (coords). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 5ª ed., São Paulo, RT, 1989.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2ª Ed. Campinas. Bookseller. 2000.

CAPITULO SEIS

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.

Marcos del Rosario Rodríguez

Profesor e Investigador de la Universidad Panamericana, México.

SUMARIO: 1) La consolidación de los Derechos Humanos como factores de supremacía supra- estatal; 2) El Control de Convencionalidad y su hegemonía; 3) La incardinación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la estructura interna de los sistemas constitucionales; 4) Consideraciones finales.

1. LA CONSOLIDACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO FACTORES DE SUPREMACÍA SUPRA- ESTATAL.

La crisis del Estado Liberal de Derecho¹ se suscitó –en gran medida- por la decadencia del régimen decimonónico, así como por el reconocimiento a nivel internacional de la universalidad de los Derechos Humanos.

Este carácter universal implicó el establecimiento de una vigencia plena de los Derechos Humanos, propiciando con ello, la consolidación del Estado Constitucional de Derecho como nuevo modelo político- jurídico².

Como consecuencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se generó una nueva dimensión sobre la valía y alcance de los Derechos de la persona, posicionándolos como eje rectores de los sistemas constitucionales, sustituyendo con ello el monopolio del principio de legalidad, cuyo predominio fue notable en gran parte del Siglo XIX y principios del Siglo XX³.

Los horrores provocados por la Segunda Guerra Mundial, trajeron consigo la configuración de una conciencia colectiva internacional entorno a la protección constante y eficaz de la dignidad de la persona. Esto se evidenció, con la concretización de un sinnúmero de Tratados Internacionales, los cuales, se fueron erigiendo como normas reguladores de ese nuevo orden supra- estatal⁴.

La universalización de los Derechos Humanos y por consiguiente su consolidación como factores de primacía, conllevó al debilitamiento y crisis del principio de supremacía constitucional en su ámbito formal. Dicha crisis se da en el modelo decimonónico, en el cual, la norma constitucional al

¹ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Ed. Trotta, ed, 4ª, España, 2002, pp. 21-23

² *Ibidem* pp. 33- 41

³ *Ibidem* p. 28

⁴ AYALA Corao, Carlos M., *Recepción de la jurisprudencia internacional sobre Derechos Humanos por la jurisprudencia constitucional*, en FERRER Mac- Gregor, Eduardo, *Derecho Procesal Constitucional*, op. cit. p. 1471

ser fuente fundante de todo el sistema⁵, se ubicaba como el único medio de validación y creación jurídica.

Bajo este parámetro, la validez de cualquier norma o acto debía sujetarse al procedimiento establecido por el texto constitucional, así como por el órgano previsto para su emisión. A la luz de dicha concepción, el modelo decimonónico garantizaba la supremacía de la Constitución, colocándose en la cúspide de la estructura normativa⁶.

Bajo tales consideraciones, resulta evidente la merma de la supremacía normativa de la Constitución, ante la consolidación de los Derechos Humanos como factores reales de supremacía supra- estatal, pues desde el punto de vista normativo, no puede existir nada por encima de la norma constitucional.

Este debilitamiento es paradójico, ya que de forma paralela se consolida y fortalece como nunca antes la supremacía constitucional, pero desde la óptica axiológica o sustancial. ¿En qué sentido se explica esto? En la medida que el marco constitucional incrementa su espacio material, con la inclusión y reconocimiento de principios fundamentales y Derechos Humanos. Con esto, su primacía se hace mucho más solvente, puesto se beneficia directamente a la dignidad de la persona.

Este fortalecimiento del aspecto material del marco constitucional, se concretiza con la instauración de un bloque de constitucionalidad, conformado por el texto constitucional, los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, así como cualquier otra ley en la que se preserve y tutele de alguna forma la dignidad de la persona.

El bloque de constitucionalidad posee una primacía normativa, pero su eficacia no subyace en el hecho de ser un ordenamiento jerárquicamente supremo, sino en la importancia de su contenido, es decir, los valores, principios y Derechos Humanos son la razón de ser y fin de todo Estado Constitucional⁷.

Se puede concluir, que hoy en día, la tendencia y dinámica de las democracias constitucionales, se debe en buena medida al diseño y operación efectiva de los bloques de constitucionalidad, en los cuales, se busca de manera insoslayable, la defensa y vigencia de los Derechos

5 PALOMINO Manchego, José F., *Constitución, Supremacía Constitucional y Teoría de las fuentes del Derecho*, en DEL ROSARIO Rodríguez, Marcos, Ed. Porrúa, México, 2009, p. 169

6 VIGO, Rodolfo L., *Los Derechos Humanos y la actividad jurisdiccional*, en TENORIO Cueto, Guillermo, *Humanismo jurídico*, Ed. Porrúa, México, 2006, pp. 20, 21

7 Cfr. VIGO, Rodolfo L., *Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones*, en DEL ROSARIO Rodríguez, Marcos, *Supremacía Constitucional*, op. cit. p. 216.

Humanos de cualquier persona. Por tanto, la supremacía de los Derechos Humanos ordena y direcciona el actuar de los Estados⁸.

Al igual que la supremacía normativa de la Constitución, la concepción de soberanía “tradicional” se ve erosionada -por no decir extinguida- ante la prevalencia supra- estatal de los Derechos Humanos⁹. Se debe recordar que el modelo Helleriano y Kelseniano de Soberanía, sostenía que los Estados hacia su interior, se autodeterminaban de forma plena, sin que hubiese poder u ordenamiento algo que se opusiera.

Esta argumentación se ve superada en la realidad actual, puesto que los Derechos Humanos -como se mencionó-, tienen su materialización y sustento normativo en los Tratados Internacionales, mismos que poseen la fuerza normativa suficiente para forma parte del derecho interno de los países que los suscribieron.

Al momento de que los Tratados Internacionales han sido sujetos a un proceso de aprobación y control para su validez interna, y han entrado en vigor derivado de la ratificación, tienen el efecto de concatenar a todas las partes del sistema jurídico, obligándoles a guardar y hacer efectivo lo previsto en su contenido, sin que pueda eludirse su cumplimiento¹⁰.

Esto trae como consecuencia, que los Estados dejen de autodeterminarse con plenitud, puesto que en materia de Derechos Humanos, se subordinan a lo previsto por un ordenamiento externo, que vincula a su vez, a todos los países suscritores del Tratado.

En el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al haber sido ratificada por los países de la región, estos no sólo han asumido la obligación de proteger y hacer valer los Derechos Humanos previstos en ella, si no también de forma accesoria, se han sometido a la jurisdicción y competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual funge como órgano jurisdiccional, encargado de dirimir los conflictos, que se susciten por violaciones cometidas al contenido normativo de dicha Convención¹¹.

⁸ NOGUEIRA Alcalá, Humberto, *La soberanía, las constituciones y los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos: América latina y Chile*, en FERRER Mac- Gregor, Eduardo, *Derecho Procesal Constitucional*, op. cit. p. 1842

⁹ Cfr. FERRER Mac- Gregor, Eduardo, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional*, en FERRER Mac- Gregor, Eduardo, *Derecho Procesal Constitucional*, op. cit. p. 1578

¹⁰ Cfr. BECERRA Ramírez, Manuel, *Control del cumplimiento de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos*, en BRENA Sesma, Ingrid y TEBOUL Gérard, *Hacia un instrumento regional Interamericano sobre Bioética, experiencias y expectativas*, Ed. IJ- UNAM, México, 2009, pp. 73, 74

¹¹ Cfr. GARCÍA Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, Ed. IJ- UNAM,

La incorporación de los países miembro de la Convención Americana a la jurisdicción y competencia de la Corte, implica que estos deberán acatar las resoluciones que ésta emita, sin que se pueda acusar o argumentar incompatibilidad, incongruencia con el derecho interno, o cualquier otro aspecto de índole formal¹².

Por tanto, cuando un Estado ha aceptado la competencia de un órgano extranacional, y con ello, las resoluciones que éste emita, se puede decir que su autodeterminación se ve sustituida por la voluntad de un ente externo, el cual, posee la capacidad necesaria para hacer valer lo vertido en su decisión.

Es por ello, que se puede afirmar categóricamente que en la actualidad, ha desaparecido la “tradicional” concepción de soberanía, así como la noción de supremacía normativa de la Constitución, como consecuencia de la exaltación de la dignidad de la persona, como elemento supremo de todo sistema.

2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SU HEGEMONÍA.

Derivado de la hegemonía de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, cuya eficacia y primacía reside en el valor universal de los Derechos Humanos, en la actualidad es evidenciable la consolidación de un medio de control de naturaleza jurisdiccional, subsidiario y difuso, denominado: *control de convencionalidad*¹³.

Dicho medio de control posee una naturaleza jurisdiccional¹⁴, puesto que está facultado para resolver conflictos *inter-* partes, a través de resoluciones de carácter declarativas y/o condenatorias, las cuales, tienen la finalidad de resarcir el daño cometido por un Estado en la dignidad de una o varias personas¹⁵.

Además de lo antes mencionado, el control de convencionalidad contiene las características que lo distinguen de otros tipos de control (como el político y social), al prever una competencia y jurisdicción definida

México, 2002. p. 58

12 GARCÍA Ramírez, Sergio, *Admisión de la competencia contenciosa de la CIDH*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2740/7.pdf>, México, pp. 31- 35

13 REY Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y Derechos Humanos*, op. cit. p. 59

14 GARCÍA Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, op. cit. p. 90

15 Ídem.

por un marco regulatorio, la cual le permite mantener la intangibilidad formal y sustancial de la Convención Americana.

El objetivo de la Corte Interamericana al ejercer el control de convencionalidad, es el valorar si los actos sometidos a su jurisdicción, se adecuan conforme a lo estipulado formal y materialmente por la Convención Americana. Esta valoración será positiva, cuando existe congruencia entre el acto del Estado impugnado como inválido y la Convención; por otra lado será negativa, cuando derivada de la confrontación *convención-norma impugnada*, se evidencie algún tipo de incongruencia o alteración sustancial en los contenidos de este Tratado¹⁶.

El control de convencionalidad -de alguna forma- sustituye a la Constitución como parámetro único de validez, en lo relativo a la materia de Derechos Humanos, colocándose en el grado superior de la escala jerárquica normativa de los sistemas constitucionales de la región¹⁷. La Convención condiciona la validez de los actos estatales, ejerciendo así un control directo en el accionar de todos los países partes de la Convención.

La subsidiaridad es uno de los rasgos distintivos del control de convencionalidad. Esto significa, que es un medio complementario de reparación y solución de controversias surgidas en el interior de los Estados miembros. Por tal motivo, su aplicación se dará si y sólo si, la parte afectada a agotado todos los medios de tutela previstos por el derecho interno¹⁸.

La idea de la subsidiaridad radica en la conservación de la vigencia de los Derechos Humanos, proveyendo a las personas agraviadas en sus Derechos, de instrumentos jurídicos que le permitan la reparación o indemnización de estos.

La hegemonía del control de convencionalidad sobre los marcos constitucionales comenzó a evidenciarse a través del célebre caso "*La última tentación de Cristo vs. Chile*", el cual, se erigió como un paradigma respecto a los alcances y fuerza vinculatoria de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁹.

¹⁶ Cfr. SAGÚÉS, Néstor, Pedro, *Obligaciones Internacionales y control de convencionalidad*, Revista Estudios Constitucionales, Año 8, Núm. 1, Universidad de Talca, Chile, 2010, p. 123

¹⁷ *Ibidem* p. 48

¹⁸ GARCÍA Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, op. cit. p. 81

¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso "*La última tentación de Cristo*" (Caso Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, www.bibliojuridica.org/libros/5/2200/32.pdf, p. 720

En los puntos resolutive de esta sentencia, la Corte Interamericana señaló que el Estado Chileno había violado la libertad de pensamiento y de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana, y por tanto, debía modificar su ordenamiento jurídico interno en lo relativo a la figura de la censura previa, misma que vulneraba directamente la libertad de expresión consagrada por el marco normativo interamericano.

La modificación realizada por el Estado Chileno a su marco jurídico interno, dio pauta para una transformación en la esencia del concepto de soberanía y supremacía constitucional, anteriormente impenetrable e intangible. Este cambio consistió en el hecho de reconocer -por parte de Chile- la supremacía formal y material de un instrumento jurídico externo, así como la vinculación efectiva a la competencia de un órgano jurisdiccional internacional. Dicho reconocimiento se concretizó con el acatamiento total de la sentencia dictada por la Corte Interamericana, adecuando y armonizando su ordenamiento interno a los contenidos establecidos por la Convención.

La erosión del principio de supremacía de la constitución se explica a la luz de la prevalencia efectiva de los contenidos normativos de la Convención, excluyendo el valor primario del texto constitución como norma única y rectora en materia de Derechos Humanos. Por tanto –como se advirtió anteriormente-, se puede afirmar que el orden supremo en este ámbito, es la Convención Americana, quien incide y ordena la dinámica de los sistemas jurídicos internos, a través del control de convencionalidad.

Con el caso de “*La última tentación de Cristo*” quedó de manifiesto la primacía de los Derechos Humanos, a través de la manifestación evidente de la hegemonía normativa de la Convención Americana sobre los sistemas constitucionales americanos en el ámbito de los Derechos Humanos.

Los alcances del control de convencionalidad no se limitan al examen de confrontación normativa²⁰, derivado de la aplicación de una norma u acto violatorio de algún Derecho Humano, sino que también, la competencia de la Corte se extiende para la revisión de aquellas normas que aún no entran en vigor, sean iniciativas de ley o de reforma constitucional²¹.

El parámetro de validez emanado del control de convencionalidad, perméa y se proyecta en toda la estructura normativa de los Estados, incluyendo el propio texto constitucional, tal y como ocurrió en el caso *La*

20 SAGÜÉS, Néstor, Pedro, *Obligaciones Internacionales y control de convencionalidad*, op. cit. p. 124

21 Tal y como ocurrió en la Opinión Consultiva OC- 4/84 presentada por el Estado de Costa Rica y resuelta por la Corte Interamericana el 19 de Enero de 1984, y el caso *Almonacid Arellano y Trabajadores cesados del Congreso*.

*última tentación de Cristo*²².

Lo mismo ocurre con los alcances de su jurisdicción, la cual es inherente a su función y condición natural de órgano protector de la salvaguarda de la seguridad jurídica y los Derechos Humanos de las personas. En tal sentido, la Corte Interamericana puede someter a revisión cualquier norma de derecho interno, con independencia de la temporalidad, modalidad, grado, materia, u cualquier otra contingencia que envuelva su aplicación y vigencia. Es decir, la Corte no tiene ningún tipo de límite normativo en el ejercicio de su jurisdicción²³, tal y como quedó de manifiesto en el caso "*Las Palmeras vs. Colombia*".

La hegemonía del control de convencionalidad en materia de Derechos Humanos se sustenta en la obligación de los Estados en hacer valer los contenidos de la Convención, bajo el principio fundamental *Pacta Sunt Servanda*²⁴. Dicha obligación es insoslayable e insustituible, por lo que las resoluciones dictadas por la Corte Interamericana poseen la fuerza necesaria para que surtan efecto en su totalidad, sin ningún tipo de excepción.

Se puede advertir, que el control de convencionalidad pese a ser un mecanismo inminentemente subsidiario, materialmente en la actualidad, ha venido ejerciendo un dominio directo dentro de los marcos constitucionales.

Siendo la función –natural- del control de convencionalidad, contrastar los actos jurídicos emitidos por los Estados -en razón de su adecuación y armonía- conforme a los contenidos de la Convención Americana de Derechos Humanos, existe una tendencia *ad intra* de los Estados, en la que los jueces aplican de forma directa las resoluciones de la Corte Interamericana, tomándolo como fuente principal en lo que respecta a la materia de Derechos Humanos²⁵.

Existen varios ejemplos que evidencian la aplicación directa de jurisprudencia dictada por la Corte Interamericana. En nuestro país, el control de convencionalidad se ha comenzado a introducir, principalmente, por algunas resoluciones emitidas por Tribunales ordinarios.

22 SAGÜÉS, Néstor, Pedro, *Obligaciones Internacionales y control de convencionalidad*, op. cit. p. 124

23 *Ídem*.

24 BECERRA Ramírez, Manuel, *Control del cumplimiento de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos*, en BRENA Sesma, Ingrid y TEBOUL Gérard, *Hacia un instrumento regional Interamericano sobre Bioética, experiencias y expectativas*, op. cit. p. 73

25 Cfr. GARCÍA Morelos, Gumesindo, *El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios*, Ed. *Ubi Jus*, México, 2010, pp. 29- 32

En las distintas sentencias dictadas por estos Tribunales, existe un elemento común: el reconocimiento de la Convención Americana como norma suprema a la par de la Constitución. Esta conclusión de suyo es sumamente interesante, pues de alguna manera estipula formalmente la vigencia y supremacía del control de convencionalidad.

Resulta paradójico saber, que mientras el control de convencionalidad comienza a ser un instrumento recurrido por diversos tribunales, el máximo órgano jurisdiccional del país, no solo se ha negado a su utilización, sino que ha puesto en duda su vigencia y vinculación.

La aplicación del control de convencionalidad por diversos órganos jurisdiccionales, demuestra la vigencia y fuerza normativa de la Convención, la cual se difumina a lo largo del orden jurídico interno, sin que existan ámbitos de competencia que limitan o restrinjan su eficacia²⁶.

Por tanto, se puede advertir que el control de convencionalidad posee un carácter difuso al momento de su aplicación por parte de las autoridades jurisdiccionales locales. Esto implica, que cualquier juez puede efectuar una valoración de adecuación normativa, entre la norma local y la Convención, con independencia de que sean pertenecientes al ámbito estatal o federal²⁷.

El empleo difuso del control de convencionalidad, se basa en la universalidad y primacía de los Derechos Humanos, en especial, aquellos que han sido positivizados en la Convención Americana. Su predominio no subyace en la delimitación de ámbitos de competencia por materia o grado, si no que su vigencia se desdobra en todo el Estado; es decir, su fuerza y superioridad no está condicionado por ningún criterio de atribución. Cualquier juez se encuentra obligado (incluso de manera oficiosa) para conocer de posibles violaciones a los Derechos Humanos consagrados en la Convención Americana²⁸.

²⁶ *Ibidem* p. 33

²⁷ *Ídem*.

²⁸ *Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" 77 ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar*

3. LA INCARDINACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA EN LA ESTRUCTURA INTERNA DE LOS SISTEMAS CONSTITUCIONALES.

Se ha explicado en líneas anteriores la cualidad suprema de la Convención Americana, así como el control emanado por ésta dentro de los sistemas constitucionales para garantizar su cumplimiento integral. Si bien es cierto, el grado jerárquico de los Derechos Humanos no está sujeto a discusión, uno de los problemas más frecuentes entorno al cumplimiento de las sentencias por parte de los Estados, se sitúa en el cómo implementar su contenido dentro de los sistemas jurídicos interamericanos.

Bajo los principios fundamentales de *Pacta Sunt Servanda* y *Bona fide*²⁹, contemplados en el artículo 26 de la *Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales* de 1969, ratificado y publicado en el Diario Oficial el 28 de abril de 1988 por parte del Estado Mexicano, lo acordado en un Tratado o Convención Internacional obliga a la totalidad del país y no sólo a los órganos de poder participantes en la celebración y ratificación de estos.

La obligación de dar cumplimiento a los preceptos de los ordenamientos internacionales, es insustituible para la totalidad del Estado, sin que se admitan excepciones o reservas posteriores a la entrada en vigor.

Conforme al artículo 2.1 d) de la Convención de Viena, la reserva es:

(...) una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un Tratado o adherirse a él con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado.

Estas reservas por tanto, sólo pueden ser pronunciadas al momento de la aceptación, ratificación o aprobación del Tratado Internacional, por lo que una vez que ha entrado en vigor, no puede argumentarse ningún tipo de excepción entorno al cumplimiento parcial o total de lo previsto por éste³⁰.

En el caso de las resoluciones emitidas por órganos jurisdiccionales

otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párrafo 128, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf, p. 47

29 VAN Vásquez, Cornelius, *Derecho Internacional Publico*, Ed. Porrúa, México, 1983, p. 65.

30 Cfr. BAZÁN, Víctor, *La reserva a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos*, Revista *ius et praxis*, s.a. Volumen 6, Núm. 002, Universidad de Talca, Chile, 2000, pp. 186- 196

transnacionales, cuya competencia y origen se deriva de los Tratados Internacionales, por su naturaleza eminentemente restitutoria y reparadora, no pueden ser sujetas a reservas y/o revisiones, que deriven en su inobservancia.

En el caso de la Corte Interamericana, su competencia deriva de la Convención Americana, la cual, al momento de haber sido ratificada su vigencia por los Estados partes y no haber establecido reserva alguna, la jurisdicción de ésta impera y rige en todos los sistemas jurídicos de la región, y por ende, sus resoluciones -como valoraciones jurídicas surgidas del análisis de casos concretos puestos a su consideración-, no podrán dejarse sin efecto, ya que poseen la fuerza normativa suficiente para hacerse acatar.

Respecto a la fuerza vinculatoria de las resoluciones de la Corte Interamericana, recientemente en nuestro país, la Suprema Corte de Justicia analizó una opinión consultiva enviada por la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, para determinar los alcances de la sentencia emitida por dicho organismo jurisdiccional internacional, en lo relativo al caso "*Rosendo Radilla*".

En dicho caso, se condenó al Estado Mexicano a restituir los años y perjuicios, por violaciones graves en sus Derechos Humanos a las víctimas del Señor Rosendo Radilla, desaparecido en la década de los setenta por miembros del Ejército Mexicano. Además de lo anterior, la sentencia estableció la necesidad de que nuestro país, se modifique el marco legal, en lo relativo al denominado "fuero militar", con el fin de poder imputar responsabilidades jurídicas ante tribunales civiles, a aquellos militares que cometan los delitos de desapariciones forzadas, tortura y violaciones sexuales³¹.

Este tema tiene su antecedente en el proyecto realizado por el Ministro José Ramón Cossío, sometido al pleno de la Suprema Corte el 10 de Agosto de 2009. En dicho proyecto, se proponía la reducción del fuero militar, posibilitando el sometimiento a la justicia civil de los miembros de la milicia, cuando se tratase de violaciones a los Derechos Humanos efectuadas en contra de civiles. Tal postura no alcanzó la mayoría del pleno, pero sentó un cimiento importante, mismo que se reforzó tiempo después, con la emisión de la sentencia del caso Radilla.

Respecto a la opinión sometida a la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre si la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso "*Rosendo Radilla*" obliga al Estado Mexicano, este órgano se

³¹ Cfr. GARCÍA Morelos, Gumesindo, *El proceso de hábeas corpus y los derechos fundamentales*, Ed. Ubi Jus, México, 2010, pp. 72- 76

pronunció parcialmente, aduciendo argumentos poco convincentes, todos ellos direccionados a eludir la fuerza vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana, así como el reconocimiento de la primacía de los Derechos Humanos consagrados en la Convención Americana.

Las resoluciones dictadas por la Corte Interamericana -como se explicó- vinculan a la totalidad de los órganos y niveles integrantes del Estado, por lo que no se puede hablar de una obligación parcial o referida a un determinado sector. De manera conjunta, los poderes tienen que trabajar en la consecución de una verdadera e integral incardinación de los contenidos de las sentencias condenatorias dictadas por la Corte Interamericana³².

Por una parte, el Poder Ejecutivo trabajará en la incardinación de los contenidos de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana, a través del impulso y consolidación de políticas públicas que permitan hacer efectivo lo previsto por dicha sentencia, así como en la elaboración de decretos y reglamentos –si así lo requiere el caso- que permitan concretizar los puntos resolutivos. De igual manera, dentro de las partidas presupuestales, se tendrá que establecer un rubro definido para el pago de las indemnizaciones por los daños y perjuicios producidos por el Estado³³.

El Poder Legislativo hará lo propio, a través de la creación o modificación de leyes, buscando armonizar el marco legal del Estado conforme lo previsto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por otra parte, el Poder Judicial cumple un papel fundamental en la integración de la jurisprudencia de la Corte Interamericana dentro del sistema jurídico. Pues como se señaló anteriormente, la naturaleza difusa del control de convencionalidad le permite a cualquier juez que se encuentre ante una violación de alguno de los Derechos Humanos consagrados por la Convención, que de forma directa haga valer la primacía de estos, y así, subsane en su totalidad o en la medida de lo posible la vulneración.

En nuestro país, quienes han ejercido el control de convencionalidad, aplicando la jurisprudencia de la Corte Interamericana, son los Tribunales ordinarios, los cuales, han reconocido la primacía de los Derechos Humanos previstos en la Convención Americana, distinguiendo con ello, la existencia de un bloque de constitucionalidad, integrado por la

³² BECERRA Ramírez, Manuel, *Control del cumplimiento de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos*, en BRENA Sesma, Ingrid y TEBOUL Gérard, *Hacia un instrumento regional Interamericano sobre Bioética, experiencias y expectativas*, op. cit. p. 75

³³ *Ídem*.

Constitución y dichos ordenamientos internacionales.

Es el caso del Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito en materia Administrativa con sede en Morelia, Michoacán, en una tesis emitida en el mes de marzo del presente, estableció al respecto lo siguiente:

La CIDH ha emitido criterios en el sentido de que, cuando un Estado, como en este caso México, ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque las disposiciones ahí contenidas no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que contraríen su objetivo y fin.

Este criterio, vislumbra claramente la primacía de la Convención, dotándole un control de carácter difuso a los jueces de cualquier grado y nivel, para que velen por los Derechos Humanos de las personas, inaplicando aquellos actos o normas jurídicas que no se adecuen al texto de la Convención Americana.

En el mes de junio, este criterio fue retomado por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en materia Administrativa con sede en la misma capital michoacana, refiriendo lo siguiente:

Ha de establecerse que los Tribunales locales del Estado Mexicano no deben limitarse a aplicar las leyes locales, sino que quedan también obligados a aplicar la Constitución, los tratados o convenciones internacionales y la jurisprudencia emitida por la CIDH.

En este criterio se denota la obligación ineludible de los tribunales locales de hacer valer la primacía de la Convención, pues los efectos de los tratados y convenciones vinculan a todos el aparato gubernamental y de justicia del Estado Mexicano.

Bajo este tenor, es importante tener presente en todo momento la naturalaza difusa del control de convencionalidad, que al igual que el control difuso de constitucionalidad, tiene como fin, el mantener la vigencia y supremacía de la Convención, a través del ejercicio ordinario de sus actuaciones; es decir, en la administración de justicia, con la variante, de que en materia de Derechos Humanos, su parámetro no será el derecho interno (federal o local), sino lo previsto por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Convención y jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana).

Estos criterios antes mencionados, confirman la vinculación directa que tiene el Estado Mexicano en el cumplimiento de los contenidos de la jurisprudencia

de la Corte Interamericana, sobre todo, cuando está de por medio una responsabilidad internacional por violaciones a los Derechos Humanos de las personas, situación de la cual, ningún Estado puede sustraerse.

Apenas el pasado 1º de octubre de 2010, la Corte Interamericana emitió una sentencia condenatoria en contra del Estado Mexicano, derivado de las violaciones sexuales y actos de tortura cometidas por miembros del Ejército Mexicano, en contra de las indígenas Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú.

En dicha sentencia, la Corte Interamericana condena la impunidad que han gozado los militares que perpetraron tales hechos en el año 2002, ya que hasta la fecha, no ha existido ningún indicio que presuma una posible sanción por parte de la justicia castrense.

Al igual que en el caso Rosendo Radilla, el Estado Mexicano se ve condenado, teniendo como telón de fondo, la inadecuada regulación del fuero militar a la luz de los preceptos de la Convención Americana.

Si bien, en esta resolución la Corte exige al Estado Mexicano el establecimiento de medios e instrumentos idóneos de atención para aquellas mujeres que sufran de algún maltrato o violación de tipo sexual, en entre otros aspectos, la idea principal que se desprende de ambas sentencias, es el hacer posible que en nuestro país, cualquier miembro del ejército, fuerza aérea o marina, que cometa violaciones de Derechos Humanos, así como delitos graves en contra de personas, puedan ser sujetos a un procedimiento ante tribunales civiles ordinarios –sin excluir las sanciones que se produzcan a nivel castrense–, para que de esta manera se garantice la reparación efectiva de los daños cometidos en perjuicio de la integridad física y del patrimonio de los agraviados y de las víctimas³⁴.

Tanto agraviados como víctimas, en los casos “*Rosendo Radilla*” y “*Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú*”, se vieron afectados seriamente en su dignidad como personas, impidiéndoseles el acceso a una justicia efectiva y la reparación del daño por las diversas violaciones a sus Derechos Humanos. Esto derivado en buena medida, por la conformación actual del fuero militar, la cual genera la imposibilidad de una adecuada administración de justicia e imputación de sanciones a los responsables.

En atención a la sentencia de la Corte Interamericana respecto al

³⁴ Cfr. GARCÍA Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, op. cit. pp. 147- 149

caso *Rosendo Radilla*, el pasado 18 de octubre de 2010, el titular del Poder Ejecutivo Federal, envió una iniciativa ante el Senado, para que se modificara el artículo 57 del Código de Justicia Militar, con la finalidad de que pueden ser juzgados por tribunales civiles, los elementos de las fuerzas armadas que cometan delitos de desaparición forzada, tortura y violación.

Esta iniciativa manifiesta el interés del Estado Mexicano por dar cabal cumplimiento a lo establecido en la sentencia de la Corte Interamericana en contra del Estado Mexicano, incorporando así, las disposiciones necesarias para lograr una armonización del marco jurídico interno con lo previsto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, aunque el limitar a ciertas conductas la posibilidad de juzgar a militares bajo la jurisdicción ordinaria, es sólo un avance parcial.

Ahora bien, dentro del aspecto positivo, con dicha iniciativa, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo (en caso de aprobarla), estarían reconociendo explícitamente la existencia de un bloque de constitucionalidad, integrado por Constitución y Tratados Internacionales, en donde el valor y respeto a la dignidad de la persona son las directrices hegemónicas en el accionar del Estado.

El control de convencionalidad no sólo ha sido aplicado y reconocido por Tribunales Ordinarios, si no que a nivel estatal, algunas constituciones locales han comenzado a reconocer dentro de sus marcos constitucionales la primacía de los Tratados Internacionales, en especial de la Convención, a través de la obligación que posee todo juez de conservar y salvaguardar la integridad de los Derechos Humanos de las personas.

Una de las primeras constituciones locales en ampliar su marco cuantitativo y cualitativo de reconocimiento y protección respecto a los Derechos Humanos de sus habitantes, fue el Estado de Jalisco en el año de 1994, quien diseñó una catalogo de referencia amplio, basándose en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, así como cualquier tratado o convención internacional que el Estado Mexicano haya celebrado o haya sido parte³⁵.

Pero la primera constitución local en introducir el control de convencionalidad como instrumento obligatorio para todo juez local, al

³⁵ DEL ROSARIO Rodríguez, Marcos, *Protección de los derechos fundamentales en las constitucionales locales*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Núm. 11, Enero- Junio, México, 2009, p. 225

momento de advertir una contravención con el contenido de la Convención Americana, fue el Estado de Sinaloa, cuyo texto constitucional en su artículo 4º BIS C, fracción II, establece que los jueces al momento de resolver cualquier conflicto relativo a Derechos Humanos, deberá considerar lo siguiente:

II. Su sentido se determinará de conformidad con los instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano aplicables y atendiendo a los criterios de los organismos internacionales de protección de los Derechos Humanos reconocidos por el Estado Mexicano, especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Se aprecia claramente como el Estado de Sinaloa no se limitó al establecimiento de un listado robusto de Derechos Humanos -que en sí mismo es positivo-, sino que fue más allá, estableciendo un control explícito y directo, tal y como lo menciona el artículo antes visto, para vincular el accionar del aparato judicial estatal conforme al contenido de la Convención Americana³⁶.

Todo juez del Estado de Sinaloa tiene la obligación ineludible -cuando conozca sobre un conflicto en el que se encuentren involucrados Derechos Humanos- de aplicar los contenidos de los Tratados Internacionales, así como los criterios de la Corte Interamericana como organismo regional encargado de la tutela de los Derechos consagrados en la Convención Americana.

Esto implica, una supeditación directa al ámbito de competencia internacional por parte del orden jurídico estatal, ejerciendo con ello un control difuso de convencionalidad, y evitando así, cualquier dilación procedimental o de tipo administrativo que provoque una merma en la dignidad de las personas.

El juez al advertir una posible violación al orden internacional de los Derechos Humanos, podrá inaplicar la disposición normativa contraria, teniendo como eje la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana³⁷.

Por último, un papel importante para lograr la integración de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el derecho interno, es el que juega el Poder Revisor. Ya que como se señaló, en casos como “La última tentación de Cristo”, en la sentencia se advirtió, que dentro del texto

³⁶ *Ibidem* p. 229

³⁷ *Ídem*.

constitucional chileno existirían disposiciones contrarias a la Convención, las cuales, sin el actuar del Poder Revisor, hubieran prevalecido, generando una merma en la vigencia y protección de los Derechos Humanos.

Es por ello esencial, que el Poder Revisor esté atento a los puntos resolutivos de las sentencias de la Corte Interamericana, para que de forma inmediata –según sea el caso- actualice los contenidos constitucionales a lo establecido por la Convención Americana.

En este sentido, se podría pensar que existe una supeditación irremediable de los Estados a un ordenamiento externo, lesionando con ello la autodeterminación y supremacía constitucional de estos; pero más que hablar de una subordinación en estricto sentido, implica la consolidación de los Derechos Humanos como elementos prioritarios en el quehacer de los países. Para lo cual, será sumamente importante que el Poder Revisor tome como parámetro en materia de Derechos Humanos, no sólo lo previsto en nuestro ideario constitucional, sino también lo regulado por el ordenamiento interamericano³⁸.

4. CONSIDERACIONES FINALES.

Hoy en día, los Estados se encuentran imbuidos en una nueva dinámica constitucional, basada en la supremacía de los Derechos Humanos.

Esta supremacía de los Derechos Humanos, se materializa en la consolidación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como norma jerárquicamente suprema, al lado de las Constituciones. Este espectro normativo, comúnmente conocido como *bloqueo de constitucionalidad*, se ha ido dispersando a lo largo del sistema interamericano, proyectando un beneficio permanente a la esfera jurídica de las personas.

Para que la Convención Americana posea una adecuada fuerza normativa, es necesaria la existencia de un control difuso y directo, en el que las autoridades de los países americanos, sin importar el grado o materia, puedan aplicarlo, al momento de advertir una posible violación de Derechos Humanos.

Por otra parte, en el caso de las resoluciones emitidas por la Corte

³⁸ Tal y como ocurrió en el caso "La última tentación de Cristo", el Estado Chileno adecuó su marco constitucional, eliminando la censura existente para garantizar de una mejor forma la libertad de expresión. En base a una resolución de la Corte Interamericana, fue que el Poder Revisor del Estado Chileno, actuó en consecución, en aras de armonizar el texto constitucional conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Interamericana, éstas deben ser acatadas conforme al principio *Pacta Sunt Servanda*, sin que exista argumento en contrario que justifique su incumplimiento. Los Estados y sus partes integrantes, como un todo, deben asumir los criterios jurisprudenciales, garantizando con ello la salvaguarda de los Derechos Humanos de las personas.

La incardinación es una labor que vincula a todos los órganos de poder y niveles de gobierno. Cada órgano en el ámbito de su competencia, deberá integrar y aplicar los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana, contribuyendo así, a la consolidación y solvencia del sistema interamericano de Derechos Humanos.

El temor infundado respecto a la merma en la supremacía constitucional y autodeterminación de los Estados, queda diluido, toda vez que no se debe perder de vista, que los únicos parámetros universales de primacía para todo orden jurídico, son los Derechos Humanos, en especial, los positivizados en Tratados y Convenciones Internacionales. Por tanto, el negar la vinculatoriedad de la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es tanto como negar la vigencia efectiva de los Derechos Humanos.

La labor de incardinación de las resoluciones de la Corte Interamericana, como se advirtió, implica coordinar acciones y esfuerzos entre los órganos de poder, pues de lo contrario, el cumplimiento de dichas resoluciones será parcial e ineficaz.

El Estado Mexicano, debe asumir su responsabilidad internacional, incorporando los elementos e instrumentos que se encuentran a su alcance, para restituir con ello, los daños ocasionados en la dignidad de las personas que se vieron vulneradas en sus Derechos, pero sobre todo, debe implementar las medidas jurídicas necesarias, para evitar que en un futuro, se realicen de nueva cuenta acciones violatorias de los Derechos Humanos.

II

AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL TRANSNACIONAL CASOS DE VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Yennesit Palacios Valencia

**Abogada y docente-investigadora de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín. Miembro del Grupo de Investigación Derecho, Cultura y Ciudad. Especialista en Cultura Política: Pedagogía de los Derechos Humanos de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín. Magister y doctoranda en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla-España. Correo Electrónico: Yennesit.palacios@gmail.com.*

SUMARIO

1.Introducción, 2. Regla de previo agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, 3. Estudio de la efectividad de los recursos ante el sistema interamericano, 4. Propuesta frente al derecho procesal constitucional transnacional 5.Bibliografía, 5.1.Instrumentos internacionales

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, funciona como una herramienta complementaria del derecho interno en los Estados de las Américas, dado el carácter de subsidiaridad que tiene el derecho internacional, pues son los Estados que en primera instancia son los llamados a resolver sus controversias en virtud del principio de soberanía que le es atribuido, *prima facie*, como sujetos originarios por antonomasia de derecho internacional. Por lo tanto, es requisito *sine qua non* para resolver una controversia sobre violación de derechos humanos, agotar los recursos de la jurisdicción interna, exigencia última, –salvo algunas excepciones– que se necesitan para poder llegar al Sistema. Para cumplir con ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado una amplia jurisprudencia para saber cuándo puede entenderse que se encuentran agotados dichos recursos, y así exigir la tutela de los presuntos derechos humanos vulnerados.

PALABRAS CLAVES:Derechos Humanos, Recursos Internos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estados, Convención Americana de Derechos Humanos.

1.nombre

1.Estados Unidos

1. INTRODUCCIÓN

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, empieza a consolidarse en 1948 con la Carta de la Organización de los Estados Americanos con la cual nace la OEA (Organización de Estados Americanos). Época en la que también surge la Declaración Americana, en cuyo eje central se encuentra el respeto por la dignidad humana.

La mencionada Declaración, tiene como guardiana la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que surge en 1959, y su función principal es la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos. Aunque su mandato se consagra inicialmente en la Carta de

la OEA, *a posteriori*, también se estipula con la entrada en vigor en 1978 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Instrumento que crea la Corte Interamericana en 1969 como institución judicial autónoma.

Siendo la Comisión la encargada de recibir y supervisar peticiones que han sido hechas contra un Estado miembro de la OEA, por violación de los derechos humanos consagrados en los diferentes instrumentos internacionales del Sistema Interamericano¹. En lo que respecta a la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados concernientes a la misma materia, dicha función está en cabeza de la Corte Interamericana, para hacer uso de su facultad contenciosa y consultiva.

Para el ejercicio de la función contenciosa, aunque es exclusiva de la Corte, estos dos órganos del Sistema, esto es, la Comisión y la Corte, deben funcionar de manera armónica. En tal sentido, para que una petición sea presentada ante la Comisión Interamericana, se deben satisfacer los requisitos de admisibilidad establecidos en la Convención Americana, el Estatuto, Reglamento de la Corte y de la Comisión.

En este sentido, el artículo 44 de la Convención Americana consagra, “que cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”. Pero vale advertir, que con la reforma hecha al reglamento de la Corte (artículo 25.1), las presuntas víctimas o sus representantes podrán presentar de forma autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y continuarán actuando de esa forma durante todo el proceso, de manera tal, que se convierten realmente en una parte en el proceso, así la presunta víctima adquiere el rol protagónico y no la Comisión, como órgano cuasi-judicial, llamado a participar en los procedimientos ante la Corte, asegurando así el equilibrio procesal entre las partes.

La Comisión presentará el caso a la Corte mediante la presentación de un informe y (no una demanda), al que se refiere el artículo 50 de la Convención Americana, que contenga todos los hechos supuestamente violatorios, inclusive la identificación de las presuntas víctimas.

¹ *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.*

Además de lo anterior, para que un caso sea admisible ante el Sistema Regional de Protección de Derechos Humanos, según los artículos 46.1.a de la Convención, y 32.1 del Reglamento de la Comisión, es necesario *inter alia* que se agoten los recursos de jurisdicción interna² conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos. Requisito *sine qua non*, en los casos individuales que destaca el carácter subsidiario de la jurisdicción internacional de los derechos humanos.

Lo anterior en ocasión a que el Estado demandado debe estar en condiciones de brindar reparaciones por sí mismo, dentro del marco del sistema jurídico interno. Regla general que igualmente consagra excepciones, como se explicara a continuación. Marco que referenciará cuál ha sido la línea seguida por la Corte Interamericana y su más reciente extensión respecto al tema.

2. REGLA DE PREVIO AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS DE LA JURISDICCIÓN INTERNA

La competencia de la Comisión para recibir peticiones³ individuales está fundada en el Artículo 44 de la Convención y el Artículo 19.a. de su estatuto pero para los Estados parte de la Convención Americana, y el Artículo 20.b y c. para aquellos Estados miembros de la OEA que no sean parte de la Convención, y el Artículo 26 y 27 del Reglamento de la Comisión para los Estados parte de la Convención y los Estados miembros de la OEA.

[Como se mencionó, para que un caso pueda llegar al Sistema Interamericano, es necesario satisfacer los requisitos de admisibilidad. En cuanto a ello, el artículo 46.1 de la Convención Americana, establece que para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:

2 CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Las Palmeras Vs. Colombia Sentencia de 4 de febrero de 2000 (Excepciones Preliminares). Párr. 35 y Ss. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. (Fondo) párr. 23, y Sentencia de Excepciones Preliminares, del 26 de junio de 1987. Serie C No. 1.

3 BENAIDES LÓPEZ, Jorge Enrique. *Nociones de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*. Señal editora. 2da ed. 2003. Medellín. P. 280. Agotar los recursos significa que, antes de acudir a la Comisión el caso debe haberse presentado ante los tribunales de justicia o ante las autoridades del país correspondientes, sin que se hayan obtenido resultados positivos. Deben cumplirse tres condiciones antes de presentarse una reclamación: primera, el Estado acusado debe haber violado uno de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana. Segunda, el reclamante deberá haber agotado todos los recursos legales disponibles en el Estado donde ha ocurrido la violación, y la petición a la Comisión debe presentarse dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la decisión final sobre el caso por parte de un tribunal correspondiente. Y tercera, la reclamación no deberá estar pendiente de otro procedimiento internacional.

- a) Que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;
- b) Que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;
- c) Que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y
- d) Que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

En ese sentido, las disposiciones consagradas en los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo, reafirman la subsidiaridad y complementariedad de la jurisdicción internacional en el derecho interno de cada país, pues la verificación del previo agotamiento de recursos internos, permite que el Estado resuelva este tipo de problemáticas acorde a su ordenamiento y medios jurídicos. No obstante, *si una vez interpuestos los recursos disponibles no hay una decisión de las autoridades judiciales, produciéndose una denegación de justicia, esa sola circunstancia ha bastado para que la Comisión considere agotados los recursos que estaban al alcance de la víctima*⁴.

De este modo, la Corte en nutrida jurisprudencia⁵, entre ellas, en el caso Fairén Garbí y Solís Corrales contra el Estado de Honduras, expresa que la inexistencia de recursos internos efectivos coloca a la víctima en estado de indefensión y ello explica la protección internacional⁶. Interpretación que se deriva de lo consagrado en su artículo 1.1., relativo al deber de respecto y garantía que tienen los Estados partes para cumplir con lo estipulado en la mencionada Convención, toda vez que es regla básica de derecho internacional, que los tratados son para cumplirlos, ello se desprende de la Convención de Viena, más conocido como derecho de los tratados, pues en su artículo 26 desarrolla el principio *pacta Sunt Servanda*, que consagra que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

4 *Comisión IDH, Resolución N° 18/87, Caso 9.426, Perú, adoptada el 30 de junio de 1987, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1986 - 1987, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 1987, p. 132, párrafo 7 de la parte considerativa. Op. Cit. FAÜNDEZ. p. 296.*

5 *CIDH. Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 92, Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 92, y Caso Godínez Cruz, Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 95.*

6 *CIDH. Caso Fairén Garbí y Solís Corrales contra Honduras. Sentencia del 26 de junio de 1987.*

No obstante, sobre el agotamiento de recursos internos⁷ el artículo 46.2 de la Convención y 31 del Reglamento de la Comisión señalan los casos en que se puede omitir este requisito de admisibilidad: inexistencia de legislación interna, en relación al debido proceso, para proteger la violación alegada; existencia de impedimento para acceder a los recursos o se haya impedido su agotamiento; o el retardo injustificado en la decisión de los mismos. De igual manera la Opinión Consultiva OC- 11 de 1990, consagra otras excepciones a esta regla: cuando existiere temor generalizado en el Estado demandado para plantear casos de derechos humanos por parte de abogados defensores en esa materia o cuando no hubiere asistencia gratuita en materia penal.

3. ESTUDIO DE LA EFECTIVIDAD DE LOS RECURSOS ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO

La Corte⁸, ha señalado que la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios. Por ello, dicho Tribunal para establecer pronunciamientos de fondo sobre presuntas violaciones a la Convención, debe analizar que dentro de los mecanismos idóneos, adecuados y efectivos⁹ se acuda a las instancias más aptas para lograr respuesta judicial conforme a criterios de justicia.

En este orden de ideas, para el estudio de la efectividad de los recursos, el art. 25 de la Convención señala que los Estados partes están en la

7 Como ha reiterado la jurisprudencia de la Corte, el Estado que alega el no agotamiento tiene a su cargo el señalamiento de los recursos internos que deben agotarse y la prueba de su efectividad (Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 88; Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2, párr. 87; Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3, párr. 90; Caso Gangaram Panday, Excepciones Preliminares, Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 12, párr. 38; Caso Neira Alegría y otros, Excepciones Preliminares, Sentencia de 11 de diciembre de 1991. Serie C No. 13, párr. 30; Caso Castillo Páez, Excepciones Preliminares, Sentencia de 30 de enero de 1996. Serie C No. 24, párr. 40 y Caso Loayza Tamayo, Excepciones Preliminares, Sentencia de 31 de enero de 1996. Serie C No. 25, párr. 40).

8 CIDH. Caso Viviana Gallardo y otras, sentencia de Noviembre 13 de 1981, párrafo 26.

9 CIDH. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. El artículo 46.1.a) de la Convención remite "a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos". Esos principios no se refieren sólo a la existencia formal de tales recursos, sino también a que éstos sean adecuados y efectivos, como resulta de las excepciones contempladas en el artículo 46.2. Párr. 63. Que sean adecuados significa que la función de esos recursos dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable. Párr. 64.

obligación de suministrar recursos judiciales efectivos¹⁰, sencillos y rápidos a las víctimas. Según la Corte Interamericana, el postulado del art. 25 constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención¹¹; por consiguiente, dicho artículo, que contempla el derecho a ese tipo de recursos, se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes¹².

Consecuentemente, en el caso López Álvarez, la Corte señaló que no basta con la existencia formal de los recursos, sino que éstos deben ser efectivos, es decir, deben ser capaces de producir resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención¹³. Conforme a lo anterior, deben entenderse como efectivos, aquellos recursos que sean: “idóneos para proteger la situación jurídica infringida”¹⁴.

En esa medida, la Corte ha señalado que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios¹⁵. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el órgano jurisdiccional carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión¹⁶.

¹⁰ CIDH. Caso Maritza Urrutia, par. 117; Caso Juan Humberto Sánchez, par. 121; Caso Cantoral Benavides, par 163; Caso Cantos, par. 52; Caso de la Comunidad Mayagna Awas Tigni. Sentencia de 31 de Agosto de 2001, par. 111; Caso Bámaca Velásquez, par. 191; Caso Durand y Ugarte, par 101; Caso de los “niños de la calle”. Sentencia de 19 de Noviembre de 1999. Serie C No. 63, par 234; Caso Cesti Hurtado. Sentencia de 29 de Septiembre de 1999, par. 121; Caso castillo Petruzzi y otros. Sentencia de 30 de Mayo de 1999. Serie C No. 52., par.184; Caso de la “Panel Blanca”. Sentencia de 8 de Marzo de 1998. Serie Con. 37, par. 164; Caso Blake, Sentencia de 24 de Enero de 1998. Serie C No. 36, par. 102; Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de Noviembre de 1997. Serie C No. 35, par. 65; y Caso Castillo Páez. Sentencia de 3 de Noviembre de 1997. Serie C No. 34, par. 82.

¹¹ CIDH. Caso López Álvarez vs Honduras. Sentencia del 1 de febrero de 2006.

¹² CIDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Sentencia del 6 de febrero de 2001.

¹³ CIDH. Caso López Álvarez vs Honduras. Sentencia del 1 de febrero de 2006.

¹⁴ CIDH. Caso sentencia en el caso Velásquez Rodríguez del 29 de Junio de 1988, párrafo 63.

¹⁵ CIDH. Caso 19 Comerciantes vs Colombia. Sentencia del 5 de julio de 2004.

¹⁶ CIDH. Caso Baena Ricardo y otros vs Panamá. Sentencia del 2 de febrero de 2001.

En el caso 19 comerciantes contra el Estado colombiano, *verbi gracia*, la Corte consideró que una demora prolongada puede llegar a constituir por sí misma, en ciertos casos, una violación de las garantías judiciales¹⁷. Al respecto, la Corte¹⁸ ha expresado de manera reiterada, que no cualquier vía constituye una protección para suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (art 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1).

Otro punto importante, concerniente al previo agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, tiene relación directa con la razonabilidad del plazo. La Corte Interamericana y la Corte Europea de Derechos Humanos han señalado, respecto al principio del plazo razonable contemplado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, entre otras cosas, en un tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas, o sus familiares, a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y se sancione a los responsables.

Lo anterior, como se menciona en el caso Valle Jaramillo contra Colombia (párr. 102), en razón a que la ausencia de una investigación completa y efectiva sobre los hechos constituye una fuente de sufrimiento y angustia adicional para las víctimas y sus familiares, quienes tienen el derecho de conocer la verdad de lo ocurrido. Dicho derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades.

En este sentido en el caso las Palmeras contra Colombia (párr. 38), los agentes del Estado alegaron como excepción, falta de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, pues se encontraban acciones pendientes que según el Estado serían acordes y oportunas para resolver la situación jurídica de fondo. No obstante, frente aquellas, la Comisión alego retardo injustificado pues la demora de las actuaciones

¹⁷ CIDH. Caso 19 Comerciantes vs Colombia. Sentencia del 5 de julio de 2004.

¹⁸ CIDH. Caso *kawas Fernández vs. Honduras*. Sentencia de 3 de abril de 2009 (fondo, reparaciones y costas). Párr. 110.

sobrepasaban los límites,¹⁹ tomando en cuenta que durante los siete primeros años el trámite procesal no pasó de la etapa indagatoria. En consecuencia, la Corte ha expresado en el caso *Genie Lacayo* (párr. 81), que un período de cinco años transcurrido desde el momento del auto de apertura del proceso rebasa todos los límites de la razonabilidad.

Pero vale aclarar, que el deber de investigar es una obligación de medios, y no de resultados, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. La obligación del Estado de investigar debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse. En este sentido, la Corte ha estipulado que la impunidad fomenta la repetición de las violaciones de derechos humanos.

A la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo, en su caso, de todos los autores de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar, involucrados agentes estatales. Para asegurar este fin es necesario, *inter alia*, que exista un sistema eficaz de protección de operadores de justicia, testigos, víctimas y sus familiares.

En esa medida, para determinar o no, la razonabilidad del tiempo en el tratamiento de las actuaciones procesales encaminadas al esclarecimiento de los hechos, es preciso tomar en cuenta tres elementos estipulados por la Corte, a saber: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales²⁰.

Pero más recientemente, en el caso *Kawas Fernández vs. Honduras* (párr. 112), y en el caso *Valle Jaramillo Contra Colombia* (párr. 155), la Corte ha establecido que es preciso entonces, tener presente un cuarto elemento, que hace alusión a la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. Considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Así, el Tribunal ha establecido

19 CIDH. Caso *Genie Lacayo*. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 23, párr. 81.

20 CIDH. Caso *Genie Lacayo vs Perú*. Sentencia del 29 de enero de 1997. Véase también caso *Baldeón García vs Perú*. Sentencia del 6 de abril de 2006. En igual sentido, Corte Europea de Derechos Humanos, *Motta v. Italy*. Sentencia del 19 de febrero de 1991, Serie A No. 195-A, párr. 30; Corte Europea de Derechos Humanos, *Ruiz-Mateos v. Spain*. Sentencia del 23 de junio de 1993, Serie A No. 262, párr. 30.

que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve.

4. PROPUESTA FRENTE AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL TRANSNACIONAL

Sí se entiende el derecho procesal constitucional transnacional como un instrumento de defensa de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, y aceptados como tal en el ámbito nacional, la competencia y jurisdicción de los Tribunales internacionales debe estar encaminada también a servir como guía o director en múltiples procesos que deben seguirse en los diferentes Estados de las Américas, dada la especificidad de la obligatoriedad que tienen dichos pronunciamientos.

Además, dado que es una herramienta que está en construcción constante, es necesario también que los Estados contemplen en futuras propuestas de códigos procesales constitucionales, la idea de incluir acciones que manifiestamente, tengan detallados mecanismos que consideren la posibilidad de darle aplicabilidad clara a las obligaciones contraídas a nivel internacional, y a los diversos instrumentos que armónicamente puedan ser interpretados a la luz de la Convención Americana.

Al respecto, en la región han avanzado sobre la materia el Estado de Perú, que en su Código de Procedimiento Constitucional consagra una serie de acciones y derechos protegidos, a tener en cuenta entre ellos, su artículo 37 que desarrolla el proceso de amparo. Este estipula *verbi gracia*, en su numeral 17, el derecho a la tutela procesal efectiva y finaliza diciendo en su numeral 25 que protegerá los demás que la Constitución reconoce.

En el caso colombiano, aunque no existe el código en mención, se puede hacer la misma interpretación por la analogía que surge de los artículos 93 y 94, toda vez que la Constitución de 1991, está formada como catálogo de textura abierta, pues los derechos consagrados no pueden entenderse como negación de otros que no aparezcan expresamente en ella. De igual manera, le da prevalencia a los tratados sobre derechos humanos en el derecho interno, los cuales son parte íntegra del ordenamiento jurídico, precisamente por la figura del bloque constitucionalidad, ampliamente desarrollada por la Corte Constitucional, en aplicación de los tratados internacionales.

Ciertamente, una propuesta de código procesal constitucional, le daría vida a los derechos contemplados en la Carta, precisamente en su

aspecto procesal, en la tutela de los derechos humanos, aunque ello no quiere significar que la Constitución misma como norma de normas y ley de leyes, no deje claridad sobre el marco rector en la defensa de derechos que tienen rango fundamental, y que requieren de protección inmediata respecto de algunas situaciones.

Se podría entonces, teniendo presente los parámetros a seguir en el Sistema Interamericano, crear un catálogo que determine qué acciones pueden ser tenidas en cuenta sobre todo a la hora de considerar que hagan parte de los recursos que pueden considerarse como idóneos, eficaces y oportunos para satisfacer los derechos de las víctimas en casos determinados. Pues aunque existe una variedad de oportunidades para hacer uso del derecho de defensa, algunos hoy en día, aún se tornan demasiado dispendiosos, y hacen que la tutela del presunto implicado se haga más que efectiva, ilusoria.

5. REFERENCIAS:

BENAIDES LÓPEZ, Jorge Enrique. *Nociones de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*. Señal editora. 2da ed. 2003. Medellín.

Corte Europea de Derechos Humanos, *Motta v. Italy*. Sentencia del 19 de febrero de 1991, Serie A No. 195-A,

Corte Europea de Derechos Humanos, *Ruiz-Mateos v. Spain*. Sentencia del 23 de junio de 1993, Serie A No. 262.

Comisión IDH, Resolución N° 18/87, Perú, adoptada el 30 de junio de 1987, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1986 - 1987, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 1987.

CIDH. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia* Sentencia de 4 de febrero de 2000 (Excepciones Preliminares).

CIDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. (Fondo) párr. 23, y Sentencia de Excepciones Preliminares, del 26 de junio de 1987. Serie C No. 1

CIDH. *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales Vs. Honduras* Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, Serie C No 2.

CIDH. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3

CIDH. Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 12.

CIDH. Caso Neira Alegría y otros, Vs Perú. Excepciones Preliminares, Sentencia de 11 de diciembre de 1991. Serie C No. 13.

CIDH. Caso Castillo Páez, Vs Perú. Excepciones Preliminares, Sentencia de 30 de enero de 1996. Serie C No. 24.

CIDH. Caso Loayza Tamayo, Vs Perú. Excepciones Preliminares, Sentencia de 31 de enero de 1996. Serie C No. 25.

CIDH. Caso castillo Petruzzi y otros. Vs Perú. Sentencia de 30 de Mayo de 1999. Serie C No. 52.

CIDH. Caso de la "Panel Blanca". Sentencia de 8 de Marzo de 1998. Serie Con. 37

CIDH. Caso Blake, Vs. Guatemala. Sentencia de 24 de Enero de 1998. Serie C No. 36.

CIDH. Caso Suárez Rosero. Vs Ecuador. Sentencia de 12 de Noviembre de 1997. Serie C No. 35.

CIDH. Caso López Álvarez vs Honduras. Sentencia del 1 de febrero de 2006. CIDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Sentencia del 6 de febrero de 2001.

CIDH. Caso 19 Comerciantes vs Colombia. Sentencia del 5 de julio de 2004.

CIDH. Caso Baena Ricardo y otros vs Panamá. Sentencia del 2 de febrero de 2001.

CIDH. Caso kawas Fernández vs. Honduras. Sentencia de 3 de abril de 2009 (fondo, reparaciones y costas).

CIDH. Caso Genie Lacayo. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 23.

5.1 INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos).

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948).

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado por la Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009.

III

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS

Dr. Raymundo Gil Rendón

Doctor en Derecho, con mención honorífica de la Universidad Nacional Autónoma de México; autor de las obras jurídicas; "Ombudsman en el Derecho Constitucional Comparado", Mac Graw Hill, 2002 y el "Derecho Procesal Constitucional", Editorial Fundap, Querétaro, México 2004. Investigador Nacional nivel I del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. Catedrático de la especialidad, maestría y doctorado de la UNAM, de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, Ibero de León, Puebla y Guadalajara en convenio con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la propia UNAM. Materias; Metodología y técnicas jurídicas, Teorías jurídicas contemporáneas, Amparo, Control Constitucional, etc. Especialista en Derecho Constitucional, administrativo y Amparo, por la UNAM, asesoría, litigio y consultoría en Derecho Internacional de Derechos Humanos. Conferencista en equidad de género y en juicios orales en México.

SUMARIO

1. Introducción, 2. Estado de Derecho, 2.1. El estado de Derecho bajo el análisis del lenguaje, 2.2. Versión liberal del Estado de Derecho, 2.3. Expresión técnica-jurídica del Estado de Derecho, 2.4. Estado Social de Derecho, 3. Neoconstitucionalismo, 3.1. La visión del neoconstitucionalismo, 3.2. No se puede desconocer el papel de la moral en el derecho. 3.3. Distinción entre reglas y principios, 3.4 Tesis sobre la Justicia Constitucional, 5. Conclusiones, 6. Bibliografía

RESUMEN DEL ARTÍCULO

El Estado de derecho ha sido objeto de estudio a través de dos enfoques: como aspiración política y como pretensión de seguridad jurídica; ambas bajo tintes de una visión ideológica cuya finalidad es la de legitimar y justificar la existencia del estado en términos jurídicos. El Neoconstitucionalismo alude a una nueva visión del estado de derecho que parte del constitucionalismo, cuya característica primordial es la primacía de la constitución sobre las demás normas jurídicas y que vienen hacer la distinción entre reglas como normas legalistas y principios como normas constitucionales.

PALABRAS CLAVE

Estado de Derecho, Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo, Reglas, Principios

1. INTRODUCCIÓN

En el devenir histórico se ve implicado la evolución del término estado de derecho que inicialmente se desprende de la concepción liberal en la cual el estado solo funge como mero guardián del cumplimiento de la ley.

Debido a la ambigüedad del término resulta casi imposible dar un concepto único o exclusivo, por lo que para términos de este artículo se abordará en una expresión técnico-jurídico, entendida como aquellas condiciones jurídicas indispensables para el funcionamiento del estado; bajo la cual, se considera como modelo ideal aquel en que se vislumbre el cumplimiento formal de la ley como fin del estado de derecho.

A través de la Declaración Francesa de los Derechos del Ciudadano se observa la separación de poderes y la existencia de derechos; y de acuerdo al pensamiento de Hans Kelsen, el estado de derecho es más que una estructura formal de respeto a la ley, pues va encaminado a considerar exigencia de índole material y espiritual, como lo es el respeto a la dignidad humana.

2. ESTADO DE DERECHO

El Estado de Derecho puede ser estudiado bajo diferentes enfoques; como una aspiración política o como una pretensión de seguridad jurídica, lo cual equivale a una visión ideológica bajo los ámbitos de la ciencia política o de la ciencia del derecho. Ambas ideologías pretenden justificar y legitimar el Estado bajo un sustento jurídico.

El método histórico muestra las diferentes acepciones y concepciones que ha tenido en el devenir de los acontecimientos políticos, económicos y sociales de la humanidad el término Estado de Derecho.

2.1. EL ESTADO DE DERECHO BAJO EL ANÁLISIS DEL LENGUAJE

Se ha pretendido conceptualizar el Estado de Derecho en un solo término bajo la lexicología que englobe el concepto general con la idea de atrapar todas las ideologías en una sola idea totalizadora que impida salirse de un solo enfoque, lejos de cualquier tinte político, lo cual ha sido históricamente una visión dogmática y autoritaria, ya que al vaciar de contenido el concepto, ha llevado a legitimar regímenes autoritarios como en Nacional Socialismo en Alemania y el Fascismo en Italia.

Por tal motivo es imprescindible enfocar el estudio de este concepto bajo el análisis del lenguaje y dentro de un contexto histórico determinado.

2.2. VERSIÓN LIBERAL DEL ESTADO DE DERECHO

Esta concepción atiende al Estado de libre mercado (capitalista) y le asigna una función al Estado como mero agente de policía, cuya función consiste en vigilar que se cumpla la ley por todos los factores de la producción y es la caracterización que los iusfilósofos (Ferrajolli, Comanducci, et. al.), han denominado como el Estado paleopositivista o Estado Legal de Derecho.

Según Cascajo (Consideraciones sobre el Estado de Derecho, p.81), la noción de Estado de Derecho se halla afectada de una “constitutiva ambigüedad” y de una frondosidad conceptual manifestada en sus múltiples acepciones. De ahí su resistencia a una categorización simple y definitiva. En tal virtud, coincidimos con este autor y con otros en que el término es equivoco y ambiguo y por lo tanto resulta muy difícil su determinación lingüística y conceptual, aunque buscaremos caracterizarlo jurídicamente.

2.3. EXPRESIÓN TÉCNICA-JURÍDICA DEL ESTADO DE DERECHO

Esta acepción pretende dar cuenta de unos mecanismos o condiciones jurídicas de hecho o supuestamente tales, que presiden el funcionamiento del Estado. En los teóricos clásicos alemanes e italianos del derecho público, las naciones de *Rechtsstaat* o de *Stato di diritto*, así como en parte para la doctrina inglesa, la de *Rule of law* o para la francesa las de *Règne de la loi* o *Separation de pouvoir*.¹

Bajo esta óptica conceptual se pretendió explicar, describir y justificar el Estado de Derecho como un modelo ideal que debería seguirse para caracterizar un verdadero Estado de Derecho, donde el cumplimiento formal de la ley fuese el fin que pretendiese alcanzar cualquier estado que se ostentara como Estado de Derecho y no podría explicarse ningún funcionamiento del Estado sin el sometimiento irrestricto a la ley.

Así se dogmatizó desde la Declaración Francesa de los Derechos del Ciudadano de 1789, que estimó que en toda sociedad debería existir la garantía de los derechos y la separación de poderes, para que tuviese una verdadera Constitución, surgiendo así el Constitucionalismo y la cultura de respeto a la ley.

Los presupuestos fundamentales sobre los que gravita esta concepción son: la limitación de la actividad de los órganos del poder por la legalidad; la garantía por parte de ésta de los derechos públicos subjetivos, que adquieren tal cualidad por su positivación, al margen de cualquier exigencia de tipo iusnaturalista; y la teoría de la forma o control constitucional de toda actividad del Estado. Así, desde un ámbito estrictamente formal lo jurídico sería aquella conexión sistemática, estructural y jerarquizada de normas generales y abstractas como característica primordial del Estado y del Derecho, llevando ésta idea a identificar irremediabilmente al Estado y al derecho como dos caras de la misma moneda, pretendiendo purificar la noción jurídica del Estado de cualquier contaminación política, sociológica o ética vaciando de contenido al Estado de Derecho, ya que conduce según Pérez Luño a la tesis de que cualquier Estado, en cuanto conjunto de reglas jurídicas sistematizadas, esto es, en cuanto ordenamiento, es Estado de Derecho. Con ello se llega al peligroso equívoco de considerar Estado de Derecho a cualquier Estado que de hecho funciona a través de unos cauces jurídicos.²

¹ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, novena edición, Tecnos, España, 2005, p. 244.

² *Ibidem*

El propio Kelsen justificó la idea de que todo Estado es Estado de Derecho, pero al final de su vida admitió que era un pleonismo y en su segunda edición de su obra “Teoría General del Derecho”³, corrigió su pensamiento que fue muy criticado por haber conducido al extremo de establecer como estados de derecho a los regímenes fascista y nazi respectivamente.

Efectivamente, el pensamiento del ilustre jurista vienes del siglo XX fue rectificado por el mismo al decir que por Estado de Derecho, debe entenderse un cierto tipo de Estado: aquel que responde a las exigencias de la democracia y de la certeza del derecho. En este sentido debe entenderse por Estado de Derecho aquel que posee un ordenamiento jurídico relativamente centralizado en base al cual la jurisdicción y la administración se hayan vinculadas por leyes, esto es, por normas generales emanadas de un parlamento elegido por el pueblo, cuyos miembros del gobierno responden de sus actos; cuyos tribunales son independientes; y donde se garantizan determinadas libertades a los ciudadanos especialmente la libertad de religión, de conciencia y de expresión.⁴

Con el análisis del pensamiento original y evolutivo de uno de sus más elocuentes ideólogos del Estado de Derecho del s. XX, reflejamos la opinión doctrinal dominante donde se demostró el equívoco conceptual de caracterizar al Estado de Derecho con cualquier estructura formal donde se respetaran las leyes, carentes de contenido y adaptables a cualquier ideología, sin tomar en cuenta las exigencias materiales y espirituales del ser humano, partiendo de su dignidad como persona.

El olvido histórico del los regímenes fascista y nazi respectivamente, en torno a la existencia digna y humana de los hombres que el Estado de Derecho debería respetar y garantizar, condujo inexorablemente al exterminio de cerca de seis millones de personas y a censurar dichos regímenes políticos sin Derecho, ya que según Gustavo Radbruch, la injusticia extrema no es Derecho, y estos sistemas jurídicos y políticos llegaron a cometer crímenes de lesa humanidad como el genocidio, *“amparados en un Estado de Derecho”*.

Desde este plano ideológico la fórmula Estado de Derecho ha sido un caballo de batalla para la lucha en ocasiones ideal y utópica por el

³ Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien, segunda edición, 1960, pp.314-315

⁴ *Ibidem*

perfeccionamiento de la realidad empírica del Estado y así se le ha adjetivizado como: Estado democrático y social de Derecho (Art. 20.1 de la Ley de Bonn), Estado de equidad, Estado de justicia, Estado social y democrático de Derecho (Art. 1.1 de la Constitución Española)⁵.

En síntesis, la noción de Estado de derecho ha ejercido de este modo, una importante función ideológica, al ser empleada como instrumento de legitimación para justificar realidades políticas heterogéneas y así encontramos autores en Italia y Alemania que consideraron al Estado Nacional Socialista y al Fascista, como verdaderos Estados de Derecho.⁶

2.4. ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Estado social y democrático de Derecho (Art. 1.1 de la Constitución Española)

Estado democrático y social de Derecho (Art. 20.1 de la Ley Fundamental de la República de Alemania)

3. NEOCONSTITUCIONALISMO

El constitucionalismo surgió entre los siglos XVII y XVIII, tendiendo como marco Inglaterra, y las revoluciones Francesas y Americana, lo que dio como consecuencia, la existencia de nuevos modelos de organización política del Estado, cuyo sustento se funda en el principio de la "División de poderes y en la defensa de los derechos del hombre"; así, en el artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano se sostiene que una Sociedad que no tiene como premisas la División de poderes y la garantía de sus derechos del hombre, no cuenta con una "Constitución" .

Las revoluciones liberales se hicieron basándose en el Derecho Natural como derecho supremo. En Inglaterra con Sir Edgard Coke, surge la doctrina del "Common Law", como una lucha contra el absolutismo, aclarando que esta doctrina sólo se mantuvo algunos años, ya que se regresó a que el Parlamento siguiera teniendo el control de las leyes, pero además la doctrina de "Common Law" tiene vital importancia ya que tuvo trascendencia jurídica de Estados Unidos.

⁵ Pérez Luño, *Op.cit supra* nota 1. pp. 246.

⁶ Koellreuter, O, *Der nationale Rechtsstaat*, J.C.B. Mohr, Tubingen, 1932 y D'Alessio, *Lo Stato Fascista come Stato di diritto*, en *scritti giuridici in onore de Santi Romano*, Cedam, Padova 1940, vol I, pp. 489.

Es en Estados Unidos donde ondea el principio de supremacía constitucional, éste aparece en forma más clara y contundente en el artículo 6º de la Constitución de 1776, ya que se establece la superioridad de la Constitución, sobre las constituciones y las leyes locales así como sobre las leyes y tratados federales.

En Francia el constitucionalismo nace como la expresión racionalizada de los principios liberales, que intentan sustituir al gobierno de los hombres por el de las leyes.

La Constitución en su sentido actual tiene como base la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano.

La conciencia de supremacía constitucional nace en el momento mismo en que nace la Constitución.

El problema de garantizar la efectividad constitucional y hacer real su contenido jurídico, nace con el judicialismo en Estados Unidos, como parte de la defensa constitucional por parte de los jueces y el antijudicialismo en Francia que intenta sustituir el gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes.

La jurisdicción constitucional desemboca en dos puntos, por un lado la organización de la justicia constitucional en la Constitución de “Weimar”, así como en la Constitución como experiencia histórica del “Tribunal del Imperio” de Hans Kelsen.

Kelsen abre un sistema de justicia constitucional basándose en su “Teoría Pura del Derecho”; éste autor fundador de la escuela de Viena, sitúa en el vértice de su pirámide normativa a la Constitución.

La justicia constitucional se concibe como una garantía jurisdiccional de la constitución. La justicia constitucional es concebida por Kelsen como un elemento que asegura la solidez del ordenamiento.

Para Kelsen deben prevalecer los valores legislativos codificados en la Constitución, por lo que quiere garantizar la norma suprema, para así afianzar el sistema democrático.

Es la visión pura del “Derecho”, y la identificación del “Estado y el Derechos”, donde impera el “Estado Legalista de Derecho”, o como una concepción luspositivista o lusnormativista.

3.1. LA VISIÓN DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

El Término alude a un nuevo “Constitucionalismo”, o bien a una opción diferente para el “Estado de Derecho”, donde impera un concepto distinto acerca del “Derecho”; lo cual implica una novedosa y distinta “Teoría del Derecho”, en cuyo significado prevalece o tiene primacía la fuente del derecho que rige todas normas jurídicas: “La Constitución”.

Bajo esta concepción, la norma suprema o “Norma-normarum”, es fuente de toda la producción jurídica, la cual esta compuesta de principios, distintos a las reglas o preceptos de derecho determinados y su forma de interpretación y aplicación también es distinta al “Paleopositivismo”, teoría bajo la cual existían únicamente reglas de derecho expedidas por el poder legislativo, de aplicación estricta, bajo el método de “Subsuncion”, muy distinto al nuevo método de la ponderación o “balancing”(balanceo).

Se puede distinguir históricamente al nuevo constitucionalismo, como uno de los dos modelos del Estado de Derecho; el primero y mas antiguo, se refiere al “Estado Legal de Derecho”, donde el principio de legalidad prima sobre el principio de constitucionalidad, en el primero la ley impera y en el segundo la constitución y sus principios.

Luigi Ferrajoli menciona la existencia de dos modelos de “Estado de Derecho”, el primero denominado “Estado Legislativo de Derecho”, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del Derecho valido, con independencia de su valoración como justo; una norma jurídica es valida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido puesta por una autoridad dotada de competencia normativa. El estado constitucional de derecho seria el nuevo modelo en formación teórica y practica- no consolidado-a partir de la segunda guerra mundial con ejemplos paradigmáticos en las constituciones de Italia (1947); Alemania (1949); Portugal (1976) y España (1978), en donde surgen las constituciones rígidas y el control de la constitucionalidad de las Leyes ordinarias, con un triple cambio en el paradigma: a) en la naturaleza y estructura del Derecho, b) en la naturaleza de ciencia jurídica y c) en la jurisdicción (Neoconstitucionalismos, Edición de Miguel Carbonel, Editorial Trotta pag. 14).

En otra parte de su obra nos habla de tres paradigmas: El Derecho premoderno, El estado legislativo del Derecho y El estado constitucional del Derecho, como las transformaciones que se han producido en el transito de uno a otro.

El primer cambio de paradigma del Derecho se produjo con el nacimiento del estado moderno y con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho positivo existente.

Un segundo cambio, no menos radical, es el producido en este último medio siglo con la subordinación de la legalidad misma-garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad- a constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez.

Cambia, en segundo lugar, las formas de producción legislativa donde se le impone en el estado constitucional de derecho, prohibiciones y obligaciones de contenido tales como a los derechos de libertad y a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas.

Por otro lado, cambia el papel de la jurisdicción, si es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre un juicio de valor sobre la ley, que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad.

Una cuarta transformación, en la cual la subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión substancial de la democracia, donde existe un límite en los derechos constitucionales que corresponden a prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, como garantías de los derechos de todos frente a los abusos de tales poderes que podrían de otro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método democrático.

Por último para Ferrajoli, el constitucionalismo rígido produce el efecto de completar el Estado de Derecho como el Positivismo Jurídico, que alcanzan con su forma última y desarrollada.

Paolo Comanducci (citado por Jaime Cárdenas Gracia; *La Argumentación como Derecho*, UNAM p.39), concibe al Neoconstitucionalismo-siguiendo la clasificación de Bobbio-tanto una ideología, una metodología y una teoría.

La primera pone en segundo plano la limitación del poder y garantiza los derechos humanos, (Ferrajoli y Alexy).

Una metodología porque sostiene que los principios constitucionales y los derechos fundamentales son un puente entre el Derecho y la Moral

(Dworkin Ronald, *A Matter of Principle*, EUA, Harvard University Press 1985 y *El Imperio de la Justicia*, Barcelona Gedisa 1988); Y es una teoría porque al abandonar el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo adopta un modelo no sólo descriptivo de la norma constitucional sino axiológico.

Prieto Sanchís ha tratado de resumir el Neoconstitucionalismo de la siguiente manera:

Primero, carácter normativo o fuerza vinculante. La Constitución no es un catecismo político o una guía moral, sino una norma como cualquier otra que incorpora la pretensión de que la realidad se ajusta a lo que ella prescribe.

Segundo, supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes. La Constitución no sólo es una norma sino que es la norma suprema, y ello significa que condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico y que representa frente a ellos un criterio de interpretación prioritario.

Tercero, eficacia o aplicación directa. No requiere de ningún otro acto jurídico-ley- para desplegar su fuerza vinculante;

Cuarto, garantía judicial. Las posibilidades son amplias: control concreto y abstracto, a priori y a posteriori, encomendado a órganos especiales o a jueces ordinarios.

Un rasgo típico del constitucionalismo contemporáneo es la competencia que corresponde a los jueces ordinarios para que resuelvan a la vista de todo ordenamiento jurídico incluida por tanto la Constitución.

Quinto, presencia de un denso contenido normativo, formado por principios, derechos y directrices.

Y en sexto y último lugar, la rigidez constitucional (Prieto Sanchos Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid Trotta 2003 pp. 116, 117).

Para Jaime Cárdenas, el modelo Neoconstitucionalista es una visión que impacta le vivencia del derecho.

La Constitución se presenta como el centro, base y fundamento de todo el sistema jurídico, pero es una Constitución pensada en términos de principios

y directrices que se interpretan no bajo el vetusto esquema de los métodos tradicionales del derecho (subsunción), sino mediante la ponderación; La Constitución es omnipotente en cualquier análisis, asunto o caso, la ley pasa a segundo plano, es más la ley y cualquier otro ordenamiento debe verse siempre bajo el prisma de la Constitución y, algo muy importante, el derecho no representa un esquema homogéneo de sociedad sino heterogéneo y plural, en muchas ocasiones expresión de valores tendencialmente opuestos.

El Neoconstitucionalismo concibe al juez y a la autoridad como actores activos y críticos con su sistema jurídico más allá del legalismo y de actitudes serviles frente a la ley.

La certeza de paleo positivismo era ilusoria y solo cabe recordar como las posiciones de Kelsen o Hart derivan en una fuerte discrecionalidad.

El Neoconstitucionalismo no se engaña, sabe que los casos difíciles están ahí, al igual que la colisión entra principios contrapuestos; reconoce esas circunstancias u obliga al juzgador y a toda autoridad a una argumentación suficiente que justifique las decisiones.

La discrecionalidad judicial es controlada, no con una herramienta falsa e inadecuada-la subsunción y silogismo-para todos los casos, sino con argumentos diferentes que significan un mayor esfuerzo justificatorio, como es el caso del uso del principio de proporcionalidad (ponderación).

Metodológicamente se dice que el Neoconstitucionalismo conecta el Derecho y la Moral.

Desde el punto de vista de Jaime Cárdenas (op. Cit. Supra. P. 43), ésta conexión es inevitable. Los sistemas normativos están interrelacionados entre ellos, lo relevante es que los problemas jurídicos se resuelvan aduciendo razones jurídicas, y el sistema jurídico abierto de Neoconstitucionalismo hurga en el sistema jurídico-principios expresos o implícitos-para encontrar las soluciones.

Aunque en última instancia toda norma, ya sea principio o regla, como dijera MacCormick,(Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory* Oxford University Press 1978), tenga un fundamento en la moral o en la naturaleza afectiva del ser humano, lo realmente trascendente consiste en que el juez y la autoridad al decidir lo hagan con fundamento en el ordenamiento jurídico.

3.2. NO SE PUEDE DESCONOCER EL PAPEL DE LA MORAL EN EL DERECHO.

Como dice Santiago Sastre (“La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo pag. 244), es innegable que la presencia de principios y derechos en la constitución ha supuesto la plasmación jurídica de pautas que tienen indudablemente un carácter moral.

Así como sostiene Jurgen Habermas (“Facticidad y validez”; pp 868), la “Moral” ha emigrado al “Derecho” sin agotarse en el derecho positivo.

Estado de Derecho por principios: Neoconstitucionalismo vs. Estado de Derecho Legislativo

La nueva concepción del “Estado de Derecho” o “Neoconstitucionalismo”, donde se ha superado la idea del “Estado legislativo”; lleva consigo importantes consecuencias para el derecho como tal.

Es Gustavo Zagrebelski (“El derecho dúctil”, Trotta, 6ª ed. 2005, p 109), quien distingue la concepción del “Estado Legislativo” que se rige por “reglas”, al “Estado Constitucional”, en donde el “Derecho” se va a regir por principios. Con la palabra “norma” se alude a que algo deba ser o producirse; en particular a que un hombre deba comportarse de determinada manera. Sin embargo, de cara al significado de la separación de la ley respecto de los derechos y de la justicia, dentro de una noción genérica de norma de este tipo es importante diferenciar lo que podría denominarse “regla” de lo que podría, por el contrario, denominarse principio.

Si el “Derecho” actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesan en la medida en que son principios). Por ello, distinguir los principios de las reglas, significa, a grandes rasgos, distinguir la “Constitución” de la “Ley”.

¿Cuál es la diferencia entre las “reglas” y los “principios”?

En primer lugar, sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, “constitutivo” del orden jurídico. Las reglas aunque están escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial.

Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan.

La diferencia sustancial entre “reglas” y “principios”, está sobre todo el diverso tratamiento que el “Derecho” hace de ambas.

Sólo a las “reglas” se aplican los variados y virtuosistas métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador.

Por lo general, su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras. En los principios se deberán tomar en cuenta tradiciones históricas, contextos de significado, etc, más que interpretadas por el análisis lingüístico deberán ser entendidas en su “ethos”.

En pocas palabras, a las reglas “se obedece” y, por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen las reglas; a los principios, en cambio, “se presta adhesión” y, por ello, es importante comprender el mundo del valores, las grandes opciones de la cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino un simple alusión.

3.3. *DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS*

Según Zagrebelski, su distinción estriba en que las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen como debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a ese respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que “a priori” aparecen indeterminadas.

Puesto que carecen de “supuesto de hecho”, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles “reaccionar” ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance(op.cit. supra. P. 111). Se podría indicar señalando simplemente que son las “reglas”, y sólo las reglas, las que pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente.

Podrían, dice éste autor, “los autómatas”, hacer uso de dos principales esquemas lógicos para la aplicación de reglas normativas: el silogismo judicial y la subsunción del hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma. Ahora bien, tal idea típicamente positivista, carece totalmente de sentido en la medida en que el derecho contenga principios. La aplicación de los principios es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de nosotros una “reacción”, se “tome posición” ante ésta de conformidad con ellos(ibidem).

Los principios constitucionales carecen de supuestos de hecho y, por tanto, no pueden ser utilizados en la operación lógico-jurídica (en particular, en la “subsunción en el supuesto de hecho”), que, según aquella tradición, es la única a la que habría podido referirse el término “aplicación”.

Lo anterior tuvo lugar en la aceptación en los años treinta, cuando no se podía aceptar la idea de la jurisdicción constitucional o que la garantía de la constitucionalidad de la actuación del Estado no podría configurarse como actividad jurídica, y específicamente judicial. Debería concebirse, por el contrario, en términos políticos y atribuir su competencia a órganos comprometidos y responsable políticamente; es la famosa discusión y polémica de “Kelsen vs. Schmitt”, sobre quien debería ser el defensor de la Constitución.

La negación de la posible relevancia judicial de los principios constitucionales constituía una simple radicalización operada por motivos polémicos, de la concepción positivista de la jurisdicción, Kelsen cambiaría ésta concepción, inventado el Tribunal Constitucional, concebido inicialmente como un simple defensor de la Constitución.

Lejos estaba de entender su nuevo “rol” de intérprete de “principios constitucionales”.

El derecho por reglas es distinto al “derecho por principios o Neoconstitucionalismo”.

Según el positivismo jurídico, las normas de principio, al contener fórmulas vagas, referencias a aspiraciones ético-políticas, promesas no realizables por el momento, o como las concibiera Bobbio: “normas programáticas”, esconderían un vacío jurídico y producirían una contaminación de las verdaderas normas jurídicas con afirmaciones políticas, proclamaciones de buenas intenciones, etc (Zagrabelski, op. Cit. Supra. P 112).

Los enemigos de las normas constitucionales por principios eran, sin proponérselos, unos sostenedores a ultranza del “Estado Legislativo de Derecho”, propio del positivismo jurídico.

Los partidarios de los “principios”, estaban fincando el nuevo “Constitucionalismo”, con la adopción de los principios en lugar de las “reglas”, sus partidarios, conciente o inconscientemente estaban forjando un nueva concepción del Derecho.

Los principios no imponen una acción conforme con el supuesto normativo, como ocurre con las reglas, sino una “toma de posición” conforme con su “ethos” en las no precisadas ni predecibles eventualidades concretas de la vida en las que se puede plantear, precisamente una “cuestión de principio”.

Los principios, como dice Zagrebelski (op.cit. supra . p 118), no agotan en absoluto su eficacia como apoyo de las reglas jurídicas, sino que poseen una autónoma razón de ser frente a la realidad.

La realidad al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor.

En lugar de presentarse como materia inerte, objeto meramente pasivo de aplicación de reglas, caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla- como razona el positivismo jurídico-, la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias.

El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de “tomas de posición” (ibídem. P118), jurídica conformes con él (al legislador, a la jurisprudencia, a la administración, a los particulares y, en general, a los intérpretes del derecho).

El “ser” iluminado por el principio aún no contiene en sí el “deber ser”, la regla, pero sí indica al menos la dirección en la que debería colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio.

3.4. CARACTERÍSTICAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO O ESTADO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO

El llamado “Neoconstitucionalismo” se caracterizaría, según Jaime Cárdenas (op.cit. p 51), grosso modo, a efectos de la argumentación, por lo siguiente:

Se reconoce por algunos una conexión débil entre derecho y moral.

Se admite que el derecho no sólo está conformado por reglas sino por principios y otro tipo de normas.

El derecho no sólo consiste en la estructura normativa sino también en la argumentativa, contextual y procedimental.

La legalidad se supedita a la constitucionalidad en un sentido fuerte.

Las normas que nos son reglas no pueden interpretarse con los métodos tradicionales. Se debe acudir al principio de proporcionalidad, la teoría del contenido esencial, la razonabilidad, entre otras.

Más que hablar de interpretación se destaca el papel de la argumentación no sólo en su faceta retórica sino en sus ámbitos hermenéuticos, contextuales y procedimentales.

La búsqueda de la certeza jurídica se vuelve más exigente y difícil; se apoya, principalmente, en la calidad de la argumentación.

Las normas jurídicas se interpretan desde la Constitución.

El juez constitucional en ocasiones se coloca por encima del legislador (“legislador negativo”, según Kelsen), y lo desplaza, lo que pone en cuestión su legitimidad democrática.

Se intenta poner fin con las técnicas de la argumentación a la discrecionalidad judicial en el sentido en que había sido entendida por Kelsen o Hart.

No hay neutralidad ni avaloratividad en el derecho.

4. TESIS SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

a). La vinculación e interdependencia entre los derechos humanos, el control constitucional y el Estado Constitucional de Derecho; su finalidad: el bienestar del ser humano atendiendo a su dignidad de persona.

La hipótesis consiste en mostrar y demostrar el vínculo conceptual, contextual e histórico entre los derechos humanos, su protección y defensa a través de la historia reciente, su reivindicación y relación íntima con el “Estado Constitucional de Derecho”, su eficacia y protección a través del Control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos de autoridad, conforme a la normativa constitucional: Orgánica y Sustancial, privilegiando en toda interpretación jurídica al “ser humano”(in dubio pro homine).

La finalidad o “ethos” es el bienestar de la persona humana y su calidad de vida, conforme a un disfrute y protección pleno de los derechos fundamentales.

Sirvió para demostrar mi aserto o hipótesis, el análisis del pensamiento original y evolutivo de uno de sus más elocuentes ideólogos del Estado de Derecho del s. XX: Hans Kelsen, ilustre iuspositivista o más bien iusnormativista, creador de la “Teoría del Derecho” y del “Tribunal Constitucional”, así como la concepción de los derechos humanos como reivindicación histórica de Norberto Bobbio.

En el trabajo reflejamos la opinión doctrinal dominante donde se demostró el equívoco conceptual de caracterizar al Estado de Derecho con cualquier estructura formal donde se respetaran las leyes, carentes de contenido y adaptables a cualquier ideología, sin tomar en cuenta las exigencias materiales y espirituales del ser humano, partiendo de su dignidad como persona.

El olvido histórico del los regímenes fascista y nazi respectivamente, en torno a la existencia digna y humana de los hombres que el Estado de Derecho debería respetar y garantizar, condujo inexorablemente al exterminio de cerca de seis millones de personas y a censurar dichos regímenes políticos sin Derecho, ya que según Gustavo Radbruch, la injusticia extrema no es Derecho, y estos sistemas jurídicos y políticos llegaron a cometer crímenes de lesa humanidad como el genocidio, *“amparados en un Estado de Derecho”*.

b). Desde este plano ideológico la fórmula Estado de Derecho ha sido un caballo de batalla para la lucha en ocasiones ideal y utópica por el perfeccionamiento de la realidad empírica del Estado y así se le ha adjetivizado como: Estado democrático y social de Derecho (Art. 20.1 de la Ley de Bonn), Estado de equidad, Estado de justicia, Estado social y democrático de Derecho (Art 1.1 de la Constitución española).

c). Identificación de la justicia constitucional formal y material: Llegamos a identificar a la justicia constitucional formal y material, con la nueva concepción del Estado Constitucional de Derecho, y como medio de control de la constitucionalidad, donde pondere y balancee los dos extremos sujetos a la Constitución: por un lado los derechos fundamentales y por el otro el límite constitucional del poder y de las facultades de las autoridades.

El verdadero papel de la jurisdicción constitucional es lograr el nuevo equilibrio entre el poder y los derechos humanos, a través del Estado Constitucional de Derecho.

5. CONCLUSIONES

Los presupuestos fundamentales sobre los que gravita la concepción del Estado de Derecho son: la limitación de la actividad de los órganos del poder por la legalidad; la garantía por parte de ésta de los derechos públicos subjetivos, que adquieren tal cualidad por su positivación, al margen de cualquier exigencia de tipo iusnaturalista; y la teoría de la forma o control constitucional de toda actividad del Estado. Así, desde un ámbito estrictamente formal lo jurídico sería aquella conexión sistemática, estructural y jerarquizada de normas generales y abstractas como característica primordial del Estado y del Derecho, llevando ésta idea a identificar irremediamente al Estado y al derecho como dos caras de la misma moneda, pretendiendo purificar la noción jurídica del Estado de cualquier contaminación política, sociológica o ética vaciando de contenido al Estado de Derecho, ya que conduce según Pérez Luño a la tesis de que cualquier Estado, en cuanto conjunto de reglas jurídicas sistematizadas, esto es , en cuanto ordenamiento, es Estado de Derecho. Con ello se llega al peligroso equívoco de considerar Estado de Derecho a cualquier Estado que de hecho funciona a través de unos cauces jurídicos.

La nueva concepción del “Estado de Derecho” o “Neoconstitucionalismo”, donde se ha superado la idea del “Estado legislativo”; lleva consigo importantes consecuencias para el derecho como tal.

En el trabajo reflejamos la opinión doctrinal dominante donde se demostró el equívoco conceptual de caracterizar al Estado de Derecho con cualquier estructura formal donde se respetaran las leyes, carentes de contenido y adaptables a cualquier ideología, sin tomar en cuenta las exigencias materiales y espirituales del ser humano, partiendo de su dignidad como persona.

6. BIBLIOGRAFÍA

Kelsen,Hans, Reine Rechtslehre, Franz Deuticke, Wien, segunda edición, 1960.

Koellreuter,O, Der nationale Rechtsstaat, J.C.B. Mohr, Tubingen, 1932 y D’Alessio, Lo Stato Fascista come Stato di diritto, en scritti giuridici in onore de Santo Romano, Cedam, Padova 1940.

Pérez Luño, Antonio Enrique, “*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*”, Novena Edición. Tecnos. España 2005.

IV
**LAS TRANSGRESIONES DEL ESTADO VENEZOLANO AL
ORDEN PÚBLICO DE LOS DERECHOS HUMANOS**

*González Valenzuela, Alejandro**

**Especialista en Derecho Administrativo (Universidad Central Venezuela);
Especialista en Derecho Constitucional (Universidad Católica Andrés Bello);
Especialista en Derecho Procesal Constitucional (Universidad Monte Avila).*

SUMARIO.-

Introducción.-1.- Noción de Orden Público de los Derechos Humanos.-
2.- El Orden Público de los Derechos Humanos como Fundamento
del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos.- 3.- El
Orden Público de los Derechos Humanos, Supraconstitucionalidad
y Cláusula más Favorable.-4.- Transgresiones al Orden Público
de los Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Sala
Constitucional.-5.- Transgresiones al Orden Público de los Derechos
Humanos en el marco del Primer Plan Socialista.-Conclusiones.-
Referencias Bibliográficas.-

INTRODUCCIÓN.-

En el sistema interamericano de derechos humanos, la idea de *orden público*, ha venido siendo conceptualizada de una manera imprecisa y equívoca, lo que ha dado lugar a erróneas apreciaciones sobre su naturaleza, contenido y alcance, especialmente, a nivel jurisdiccional, pues, se han venido empleando categorías jurídicas ajenas al ámbito de los derechos humanos, como la de *orden público* y *orden público internacional*, desestimándose la emergencia de una nueva, la de *orden público de los derechos humanos*, que impone un nuevo paradigma como garante de la hegemonía e intangibilidad del régimen convencional de los derechos humanos.

La noción de *orden público de los derechos humanos*, se erige en fundamento del sistema de derechos humanos, y, en tal sentido, ostenta una naturaleza hegemónica que se proyecta sobre el orden interno de los Estados, sin embargo, ciertos Estados, entre ellos el venezolano, han venido desconociendo la precitada naturaleza hegemónica, al exhibir una actitud desafiante y abierto desacato, frente a pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual, no sólo constituye violación de tratados internacionales, sino, fundamentalmente, desconocimiento de los valores superiores que encarna *orden público de los derechos humanos*.

En este contexto, el objetivo de este trabajo es demostrar que el Estado venezolano, a partir de una ideología supremacista y excluyente, manifiestamente incompatible con el orden convencional de los derechos humanos, ha venido desconociendo de manera sistemática el *orden público de los derechos humanos*, colocándose al margen de la institucionalidad supranacional.

1.- NOCIÓN DE ORDEN PÚBLICO DE LOS DERECHOS HUMANOS.-

La noción de *orden público de los derechos humanos* (OPDDHH), es de difícil precisión jurídica, dada la ausencia de criterios que coadyuven a la coherencia, unidad y sistematicidad del concepto, pues, si bien, se trata de una categoría que tiene a los derechos humanos (DDHH) como objeto de interés jurídico (o bien jurídico protegido), su rasgo caracterizador es que está estructurada con valores y principios de derecho constitucional, derecho supranacional humanitario, y derecho internacional, respecto

de los cuales, no existen mayores consensos interpretativos en el plano doctrinario ni jurisprudencial.

Ciertamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en diversos fallos ha aludido a esta noción de una manera equívoca, al calificarla como *orden público* (OP) y *orden público internacional* (OPI)¹, sin advertir que estas categorías operan únicamente en el ámbito de las relaciones entre los Estados, o entre éstos y organismos de derecho internacional, a diferencia del OPDDHH que opera en el ámbito de la dinámica interactiva que se genera entre instancias supranacionales humanitarias, los Estados, y las víctimas de violaciones a los DDHH.

La Corte IDH ha incurrido en otra interpretación equívoca de esta noción, al calificar el ejercicio de una potestad inherente al OPDDHH, a saber, la revisión de oficio de hechos y violaciones a los DDHH no denunciadas en un determinado proceso, como una función en ejercicio del principio *iura novit curia* -el juez conoce el derecho-, cuando afirma que “Esta Corte tiene competencia -a la luz de la Convención Americana y con base en el principio *iura novit curia*, el cual 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, en la inteligencia de que las partes hayan tenido la oportunidad de expresar sus respectivas posiciones en relación con los hechos que las sustentan”². Esta afirmación es a todas luces errónea, por cuanto, el principio procesal de *iura novit curia*, no habilita al juez a pronunciarse sobre hechos no denunciados, lo cual es una potestad característica del OPDDHH.

En tal sentido, cualquier intento conceptualizador de esta noción, debe considerar que ésta es una categoría jurídica distinta a la de OP y OPI, y absolutamente distinta a la de *iura novit curia*, y que su propósito fundamental es la preservación y restablecimiento, aún actuando de oficio, de la hegemonía

1 “Dado que los procesos ante esta Corte se refieren a la tutela de los derechos humanos, cuestión de orden público internacional que trasciende la voluntad de las partes, la Corte debe velar porque tales actos resulten aceptables para los fines que busca cumplir el Sistema Interamericano”. Corte IDH: caso *Kimel vs. Argentina*. Sentencia 02/05/08, párrafo 24. 64. “En efecto, una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”. Opinión Consultiva OC-5/85 13/11/85, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 CADH) solicitada por Costa Rica.

2 Corte IDH: caso *Kimel vs. Argentina*, cit. supra... párrafo 61. También, en caso *Godínez Cruz Vs. Honduras*. Sentencia 20/01/89. Serie C No. 5, párr. 172; caso *Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Reparaciones y Costas. Sentencia 31/01/06. Serie C No. 140, párr. 54, y caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Reparaciones y Costas. Sentencia 29/03/06. Serie C No. 146, párr. 186.

e intangibilidad del régimen de los derechos humanos en un determinado ámbito supranacional, garantizando con ello una tutela reforzada de los DDHH.

2.- EL ORDEN PÚBLICO DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE LOS DERECHOS HUMANOS.-

Las nociones de OP y OPI han venido siendo consideradas, hasta ahora, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de la Corte IDH, como uno de los elementos del *sistema internacional humanitario*, sin embargo, esta visión luce manifiestamente insuficiente para la categoría de OPDDHH, la cual, dada su naturaleza, contenido y alcance, no puede ser considerada un elemento más del *sistema internacional humanitario*, sino, más bien, el fundamento de un sistema distinto, como el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), estructurado alrededor de la *Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)*.

Ciertamente, la categoría de OPDDHH tiene una dimensión conceptual totalmente distinta a la de OP y OPI. En primer lugar, su objeto lo constituye un bien ético y jurídico superior, -la dignidad humana-, alrededor de la cual, comienza a estructurarse un nuevo derecho supranacional de DDHH que posee una dimensión objetiva y axiológica, expresada en el reconocimiento del carácter supraconstitucional que la CADH hace de los derechos y libertades en ella reconocidos y garantizados (artículos 1.1. y 2), con base a la cual, se configura un marco óptimo de respeto y convivencia en el SIDH; por otra parte, el OPDDHH posee una dimensión subjetiva-procesal (derechos subjetivos, intereses legítimos), fuente de legitimación de los individuos, en cuanto garantiza un *status* jurídico, para impetrar tutela reforzada a sus DDHH.

En segundo lugar, el OPDDHH tiene una naturaleza homogeneizadora, en el sentido de que procura la efectiva implementación, en países que integran una determinada comunidad supranacional, de estándares convencionales comunes en materia de DDHH para asegurar su preservación y la ejecutabilidad de actos jurídicos emanados de la institucionalidad supranacional de DDHH. Este estándar convencional está conformado por un entramado de valores, principios, y reglas de derecho, previstas, no sólo en Tratados, Pactos y Convenciones Internacionales, sino, también, por interpretaciones estatuidas en fallos de órganos jurisdiccionales transnacionales, como serían, las establecidas en los fallos interpretativos de la Corte IDH, sobre el alcance y sentido de normas convencionales (art. 64 de la CADH)³.

³ *Función jurisdiccional ésta que en Venezuela, también, se conoce como jurisdatio o interpretación abstracta de normas constitucionales, de acuerdo con el criterio establecido por la Sala Constitucional.*

Finalmente, el OPDDHH no sólo opera como garante de la hegemonía del sistema de DDHH, en el ámbito de los procedimientos ante instancias supranacionales, sino, también, en los procedimientos relativos a la ejecutoriedad o ejecutabilidad a lo interno de los Estados, de las medidas, resoluciones y sentencias emanadas de esas instancias supranacionales, dando origen, también, a una nueva valoración de la idea de soberanía, la cual, va a quedar condicionada a la observancia del OPDDHH que encarna a un bien ético y jurídico superior, como lo es, la dignidad humana.

En consecuencia, así, como el Estado Constitucional Democrático cuenta con la doctrina del *orden público constitucional* como fundamento de la hegemonía e intangibilidad del principio de supremacía normativa de la Constitución⁴, los sistemas supranacionales de DDHH cuentan, con la doctrina del OPDDHH, como fundamento de la hegemonía e intangibilidad del principio de primacía de los tratados internacionales⁵, y la preeminencia de los DDHH, por lo cual, la jurisdicción de DDHH estaría habilitada para, extender su función a situaciones violatorias de DDHH no denunciadas por la víctima, y adoptar en el marco de un proceso todo tipo de medidas, aún en ejercicio de potestades inherentes e implícitas, para asegurar la preservación y preeminencia de los DDHH.

3.- EL ORDEN PÚBLICO DE LOS DERECHOS HUMANOS, SUPRACONSTITUCIONALIDAD Y CLÁUSULA MÁS FAVORABLE.-

La noción de OPDDHH tiene una proyección supraconstitucional, sin embargo, al hablarse de supraconstitucionalidad, debe tenerse presente que con esta categoría se alude a dos dimensiones distintas, en primer lugar, a la interna (*Acosta*)⁶, es decir, al conjunto de valores y principios constitucionales que constituyen el núcleo duro de la constitucionalidad -conformado, entre otras, por categorías como, la unidad del Estado, la nacionalidad, los derechos fundamentales, etc.- (*Rousseau*)⁷, absolutamente indisponible aún para el constituyente; en segundo lugar, a la externa, articulada en la estructura normativo-jurisprudencial, que encarna el derecho supranacional de los DDHH. La noción de OPDDHH comprende ambas.

en su célebre sentencia de fecha 22/09/00, caso: Servio Tulio León.

4 *Asumida por la Sala Constitucional, en diversos fallos, entre ellos, los de fecha 09/03/00, caso José Zamora Quevedo, y 11/02/05, caso: Asociación Bolivariana de Abogados, y, reconocida en el artículo 25.16 de la última reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, Gaceta Oficial N° 39.522 del 01/10/10.*

5 *Artículo 27, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.*

6 *Acosta Sánchez, J. (1998). "Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional". Madrid, Editorial Tecnos.*

7 *Rousseau, D. (1998). «La Justice Constitutionnelle en Europe». París. 3ª ed., Montchrestien.*

En tal sentido, al proyectar el OPDDHH en el plano del SIDH nos encontramos con la coexistencia de dos ámbitos jurisdiccionales que operan a distintas escalas territoriales, una a nivel nacional, y otra a nivel regional; una en defensa de la Constitución formal, otra en defensa de la Constitución material humanitaria de naturaleza convencional, que, *prima facie*, prevalece en el orden interno, si su contenido normativo es más favorable a las personas; una que brinda una tutela constitucional de orden primario, y otra, que brinda una tutela reforzada a las libertades y derechos fundamentales.

Del carácter supraconstitucional del orden convencional de DDHH que encarna el OPDDHH, se deriva una consecuencia fundamental y es, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1.1 y 2 de la CADH, la garantía legislativa de los DDHH como obligación internacional, esto es, la obligación de los Estados de adecuar orden jurídico interno, al orden supranacional de los DDHH. Esta obligación, impone, en el ámbito legislativo tres obligaciones, a saber: legislar a favor de la CADH; derogar el derecho interno incompatible con la CADH; y, nunca legislar contra la CADH. En el ámbito jurisdiccional, impone la obligación de asegurar la ejecutabilidad de las sentencias de la Corte IDH; y en el ámbito ejecutivo, que los órganos públicos acaten las medidas, e informes de la CIDH, en acatamiento al principio *pacta sunt servanda*, toda vez que Venezuela no es parte de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*.

En el caso de Venezuela, la Constitución de 1999, ha reconocido el rango supraconstitucional de normas contenidas en Tratados, Pactos y Convenciones en materia de DDHH. Ciertamente, el artículo 23, dispone lo siguiente:

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Este dispositivo junto con reconocer jerarquía constitucional a los tratados sobre DDHH, reconoce, otra dimensión de su proyección supraconstitucional, al afirmar que la normas convencionales deben prevalecer en el orden interno (incluso sobre la Constitución), si son más favorables, lo que cierta doctrina ha denominado “*cláusula del individuo más favorecido*”⁸, y la jurisprudencia de la Corte IDH, ha denominado “*cláusula de la norma más favorable a la persona*”⁹, en tal sentido, de acuerdo a

⁸ Vasak.K, “*Les Dimensions Internationales des Droits de l’Homme*”, Unesco, Paris, 1978, pág. 710.

⁹ Corte IDH, caso *Opinión Consultiva OC-5/85 13/11/85*, cit. *supra*.

esta cláusula, en el sistema constitucional venezolano, los jueces ante una situación en la que sean aplicables normas de la CADH y de otro lado la Constitución de 1999, deben hacer prevalecer la norma más favorable.

4.- TRANSGRESIONES AL ORDEN PÚBLICO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN VENEZUELA.-

En Venezuela, la cuestión de la prevalencia o no del derecho supranacional humanitario sobre el derecho constitucional nacional, no ha estado sometida a mayores debates en la doctrina, asimismo, la jurisprudencia constitucional no ha estado sujeta a las mismas vicisitudes de las jurisdicciones constitucionales europeas, pues, la Sala Constitucional desde un principio zanjó esta controversia en favor de la jurisdicción constitucional nacional.

Ciertamente, la Sala Constitucional, tempranamente, en sentencia N°. 1.309, de fecha 19 de julio de 2001, en el contexto de una solicitud de interpretación abstracta de normas constitucionales, y sobre la base de consideraciones fundamentalmente ideológicas, planteó serias dudas sobre la validez del principio de primacía del derecho supranacional.

En efecto, la Sala Constitucional señaló:

“(...) la validez del derecho internacional depende del reconocimiento explícito de la Constitución (artículo 23), desde el punto de vista sistemático, la opción por la primacía del derecho internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista”.

El criterio ideológico que subyace en las consideraciones precedentes, si bien respetable, omite un hecho fundamental, y es que la primacía del derecho humanitario, lejos de ser un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista, es una necesidad impuesta por la realidad, pues, el fenómeno globalizador más allá de ser una teoría política, un modelo económico, o un proyecto ideológico, es un producto de la historia, que adquiere una connotación ética, cuando impone a escala planetaria, valores y principios homogeneizadores, para la defensa de los DDHH, la democracia, y la libertad, preferibles a otros criterios, igualmente, hegemónicos y homogeneizadores, como las postuladas, en algún momento, por *Karl Schmitt*, al servicio del régimen nazi, o a los postulados por regímenes totalitarios de inspiración marxista.

Posteriormente, en otro fallo, el N^o. 1.942, de fecha 15 de julio de 2003, caso *Rafael Chavero*, en el que se solicitaba la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad de una serie de normas previstas en la reforma al Código Penal venezolano, enmarcadas en la doctrina de las leyes de desacato, la Sala Constitucional, radicalizó aún más su posición.

Al interpretar, la Sala, el artículo 23 de la Constitución, conforme al cual, los Tratados Internacionales relativos a DDHH tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno en la medida que contengan normas más favorables, estableció que tal prevalencia debe ser interpretada en el sentido de que al incorporarse las normas contenidas en tales instrumentos a la jerarquía constitucional, el máximo y último interprete de ellas a los efectos del derecho interno es esa instancia jurisdiccional, lo cual, es absolutamente incompatible con la racionalidad del ordenamiento de DDHH, por cuanto, la única instancia jurisdiccional legitimada para hacer interpretaciones autorizadas, auténticas y vinculantes de normas convencionales en el SIDH, es la Corte IDH, de conformidad con lo previsto en el artículo 64 de la CADH, dispositivo éste que Venezuela está obligada a observar y cumplir de manera honorable y de buena fe.

Otra afirmación de este fallo que merece nuestra atención, es aquella conforme a la cual, el dispositivo del artículo 64 de la CADH, comporta una disminución de la competencia interpretativa de la Sala sobre normas convencionales de DDHH, lo cual, plantearía una forma de enmienda constitucional en esta materia, sin que se cumplan los trámites para ello, al disminuir la competencia de la Sala y trasladarla a entes multinacionales o transnacionales (internacionales). Aquí, la Sala incurre en un grueso error, por cuanto, la atribución de competencia a la Corte IDH para hacer interpretaciones vinculantes de normas convencionales de DDHH, no se hizo en detrimento de la jurisdicción constitucional nacional, sino, con fundamento en la racionalidad que inspira a todo sistema supranacional de DDHH, conforme a la cual, sus interpretaciones constituyen fuente de derecho para las jurisdicciones constitucionales nacionales, y precisamente, esto deben tenerlo presente los Estados cuando se obligan a cumplir, de manera honorable y de buena fe, pactos internacionales en esta materia, mas aún, cuando a través de éstos se crean órganos jurisdiccionales transnacionales.

Un último aspecto criticable de esta sentencia, es aquél en que se refuerza una concepción decimonónica de la noción de soberanía, ciertamente, la Sala expresa, que la Constitución señala las áreas donde pueden producirse transferencias de competencias a favor de instancias internacionales o limitaciones a la soberanía, ello podría ocurrir -por

ejemplo- en materia de integración latinoamericana y caribeña (artículo 153), y en áreas diversas a la de los DDHH, como lo apunta el artículo 91 de la Ley Aprobatoria del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, entiende la Sala que, fuera de estas expresas áreas, la soberanía nacional no puede sufrir distensión alguna.

El criterio precedente desconoce que a partir del fin de la II Guerra Mundial, ha emergido una nueva conceptualización de la soberanía, pues, como consecuencia de la Carta de Creación de la ONU en julio de 1945, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en 1948, la Convención de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario, la CADH, existe una nueva realidad internacional caracterizada por nuevos paradigmas, a saber: *i).*- la aparición de un nuevo sujeto de derecho en los sistemas internacionales, las víctimas de violaciones a DDHH, quienes son objeto de tutela reforzada en el ámbito internacional frente a los Estados mismos, y, *ii).*-la emergencia de los DDHH, como bien ético y jurídico superior al que se subordinan los Estados.

Finalmente, mediante fallo N°. 1939, de fecha 18 de diciembre de 2008, caso *Juan Carlos Apitz y otros*, en el que se solicitaba “*control de la constitucionalidad*” sobre una sentencia de la Corte IDH, de fecha 5 de agosto de 2008, mediante la cual, se ordenaba la reincorporación en el cargo a los ex magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, y se condenó a Venezuela, al pago de cantidades de dinero, y a las publicaciones referidas al sistema disciplinario de los jueces, la Sala Constitucional, fue aún más lejos en su postura antisistémica en materia de DDHH.

La Sala Constitucional junto con declarar inejecutable el fallo de la Corte IDH, invocando para ello el precedente sentado por la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar del Perú, exhortó, además, al Gobierno venezolano a denunciar la CADH, emplazamiento éste que afortunadamente no ha sido considerado, y que en lo tocante al caso concreto, no le habilitaría para sustraerse de la responsabilidad internacional derivada de este caso (artículo 78 CADH).

Este emplazamiento es altamente cuestionable por emanar de un órgano jurisdiccional constitucional de un país democrático, del que se espera una actitud de *sindéresis* ante una instancia jurisdiccional del SIDH, pues, la denuncia de la CADH supone, nada más y nada menos, despojar de la tutela humanitaria reforzada a las personas en Venezuela, quienes deberán ceñirse únicamente a los criterios que pueda establecer la Sala Constitucional en materia de DDHH.

5.- TRANSGRESIONES AL ORDEN PÚBLICO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DEL PRIMER PLAN SOCIALISTA.-

A partir del año 2005, comienza a gestarse un proceso que procura deslindarse del proyecto político y de los objetivos estratégicos establecidos en la Constitución de 1999, hasta llegar a la declaración de instauración del socialismo del siglo XXI; así, comienza una transición política, que desembocó en las *Líneas Generales del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013*, conocido, también, como *Plan Simón Bolívar* o *Primer Plan Socialista*.

El *Primer Plan Socialista*, se ha erigido, en hoja de ruta de un proyecto ideológico, que ha venido trastocando los fundamentos del régimen político, económico y social establecido en la Constitución de 1999, y por consiguiente, lesionando derechos y libertades encarnados por el OPDDHH, reconocidos y garantizados en la CADH, a través de una serie de iniciativas ejecutivas y legislativas, homologadas por la Sala Constitucional; en lo institucional, se ha erigido en una especie de *Paraconstitución*, sobre la base de singulares interpretaciones de la Constitución, a partir de la idea de que sólo “*el bien común determina el sentido de lo justo y lo bueno, es decir, de lo ético, lo cual determina el contenido de la legislación general, es decir, de la Constitución y las leyes*”¹⁰.

5.1.- CONTENIDO DEL PRIMER PLAN SOCIALISTA.-

El *Primer Plan Socialista* contiene, lineamientos generales de un proyecto ideológico, cuya implementación ha venido acarreado severas mutaciones a las bases políticas, económicas y sociales de nuestro régimen constitucional, violentando con ello, diversos derechos humanos reconocidos y garantizados en la CADH, principalmente, la libertad económica, la libertad de expresión y el derecho de propiedad. Este plan está estructurado en siete capítulos, a saber:

5.1.1.- La nueva ética socialista.

Propone un nuevo modelo ético, con el que se pretende homogeneizar la conciencia social, imponiéndole una única visión, supremacista y excluyente, de la ética y del pensamiento político-social, que, también, se conoce como *pensamiento único*, fundado en “*valores y principios de lo más avanzado de las corrientes humanistas del Socialismo*”; propone,

¹⁰ *Primer Plan Socialista, Capítulo I, Nueva Etica Socialista.*

igualmente, *“la construcción del hombre nuevo del Siglo XXI”*¹¹; asimismo, postula *“la refundación de la Nación venezolana”*.

5.1.2.- La suprema felicidad social.

Postula una serie de propósitos que se inscriben *“en la voluntad política del actual gobierno de avanzar hacia la construcción del socialismo”*, entre ellos, la afirmación de que la *“política de inclusión económica y social forma parte del sistema de planificación y distribución orientado hacia el Socialismo, donde lo relevante es el desarrollo progresivo de la propiedad social sobre los medios de producción”*; asimismo, postula que *“sólo el trabajo genera valor y legitima al derecho de propiedad”*¹².

5.1.3.- La democracia protagónica revolucionaria.

Postula que *“el bien común determina el sentido de lo justo y lo bueno, es decir, de lo ético, lo cual determina el contenido de la legislación general, es decir, de la Constitución y las leyes”*, lo que da origen a un nuevo derecho socialista; asimismo, afirma la deslegitimación de la democracia representativa, al sostenerse que *“la soberanía reside en el pueblo, y este puede por sí mismo dirigir el Estado, sin necesidad de delegar su soberanía, tal como en la práctica sucede con la democracia representativa o indirecta”*.

5.1.4.- Modelo productivo socialista.

Postula que la *“producción en la búsqueda de lograr trabajo con significado se orientará hacia la eliminación de la división social del trabajo, de su estructura jerárquica actual”*; asimismo, que el *“modelo productivo responderá (...) a las necesidades humanas y estará menos subordinada a la reproducción del capital”*.

5.1.5.- Nueva geopolítica nacional.

Postula un nuevo modelo de reordenación política, social y administrativa del territorio; asimismo, postula que en *“esta nueva etapa, y bajo los*

¹¹ Marx, ya en la *Critica al Programa de Gotha (1.875)* se refiere a éste, señalando que en el ideal comunista cada persona producirá al máximo de su capacidad de acuerdo con su talento, y cada persona recibirá los frutos de su producción de acuerdo a sus necesidades con independencia de lo que ha producido, lo cual, *“supone un comunismo pleno en el que no existe ya escasez de ninguna clase”*.

¹² Este es uno de los postulados fundamentales de la doctrina marxista, que se planteó por vez primera en el *Manifiesto Comunista (1848)*, luego, reiterada en casi toda la obra de Marx y Engels, este postulado constituye la esencia de la teoría de la plusvalía marxista.

lineamientos del Proyecto Nacional Simón Bolívar (2007-2021), se establecerán las bases firmes para la transición hacia una nueva organización socio-territorial coherente con el nuevo Socialismo del siglo XXI”.

5.1.6.- Potencia energética mundial.

Expone los lineamientos de una política energética absolutamente incompatible con nuestro texto constitucional, al proyectarla como un arma de lucha política en el escenario internacional *“La soberanía de un país con la riqueza natural de hidrocarburos como el nuestro, siempre está amenazada. Pero también constituye el petróleo, potencialmente, un arma poderosa de defensa”.*

5.1.7.- Nueva geopolítica internacional.

Postula la idea de que la *“construcción de un mundo multipolar implica la creación de nuevos polos de poder que representen el quiebre de la hegemonía del imperialismo norteamericano”*, para ello, se privilegian alianzas con países extraños y ajenos a la tradición democrática y cultural de los venezolanos.

5.2.- POLÍTICA LEGISLATIVA EN EL MARCO DEL PRIMER PLAN SOCIALISTA.-

El *Primer Plan Socialista*, ha venido sirviendo de fundamento, como Constitución paralela, a la aprobación parlamentaria de un conjunto de leyes, que, en razón de su entidad afectan sensiblemente derechos y libertades consagrados en la CADH, con lo cual, el Estado venezolano ha incumplido con su obligación de legislar a favor de la CADH; derogar el derecho interno incompatible con la CADH; y, de nunca legislar contra la CADH.

Entre las leyes violatorias de la CADH cabe destacar: Aprobación de la Ley Orgánica de Educación, Ley de Educación Universitaria; Ley Orgánica de los Consejos Comunales; Ley de Propiedad Social (anteproyecto); Ley Orgánica de Contraloría Social; Ley de Participación y Poder Popular; Ley de Soberanía Alimentaria; Ley para la Defensa de la Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios; Ley de Tierras Urbanas; Reforma del Código de Comercio (proyecto); Ley Orgánica del Sistema Financiero; Ley de Instituciones del Sector Bancario; Reforma parcial de la Ley Orgánica de Ciencia Tecnología e Innovación; Ley Orgánica de Planificación; Ley de Planificación Pública; Ley del Sistema Económico Comunal, Ley de la Fuerza Armada Bolivariana que crea las Regiones Militares Estratégicas; Ley del Poder Popular; Reforma a la Ley de Descentralización, Delimitación y Transferencias de Competencias del Poder Público; Ley Orgánica de Consejo Federal de Gobierno, entre otros.

5.3.- POLÍTICA EJECUTIVA EN EL MARCO DEL PRIMER PLAN SOCIALISTA.-

A partir del año 2007, viene siendo implementado con gran vigor políticas ejecutivas, que afectan de manera directa la libertad de expresión, la libertad económica y el derecho de propiedad; ciertamente, el Instituto Nacional de Tierras (INTI) ha venido expropiando sistemática e indiscriminadamente fincas, hatos y fundos, productivos y no productivos, de distinto tamaño, en el marco de una ofensiva para fortalecer la soberanía agroalimentaria del país; de igual manera, la reforma a la Ley del Indepabis, ha permitido y potenciado la expropiación indiscriminada de pequeños y grandes establecimientos comerciales, sin importar que comercialicen artículos de primera necesidad o no; expropiaciones éstas que se han traducido en desabastecimiento de productos básicos de la cesta alimentaria venezolana; por su parte, el presidente de la República, ha ordenado la estatización, la nacionalización y la expropiación de la industria del acero, del cemento, de bancos, aseguradoras, empresas de telecomunicaciones, y de otras tantas empresas e industrias de diferentes sectores económicos, sólo en el año 2010 se expropiaron 300 empresas.

La idea de *desarrollo progresivo de la propiedad social sobre los medios de producción*, es manifiestamente incompatible con el reconocimiento expreso del derecho a la propiedad privada sobre medios de producción, previsto en el artículo 21 CADH, conforme al cual, todos tienen derecho de usar, gozar, disfrutar, y disponer de los medios destinados a la producción de bienes, y a la prestación de servicios; e incompatible con la *garantía* de la seguridad jurídica, satisfecha en los Estados democráticos, mediante la consagración constitucional de límites para el ejercicio del poder público, y la garantía de tutela de los derechos fundamentales.

5.4.- JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN EL MARCO DE LAS LÍNEAS GENERALES DEL PLAN DE DESARROLLO, ECONÓMICO Y SOCIAL DE LA NACIÓN 2007-2013.-

La jurisdicción constitucional venezolana, encarnada en la Sala Constitucional, se ha constituido en instancia legitimadora de todas las iniciativas legislativas y ejecutivas, que en ejecución del *Primer Plan Socialista*, ha venido introduciendo progresivamente ostensibles mutaciones a nuestro sistema constitucional.

Ciertamente, la Sala Constitucional ha venido desestimando por razones formales (inadmisibilidad) y por razones sustantivas (improcedencia), la mayoría de los recursos de control de constitucionalidad ejercidos contra leyes dictadas en el marco del *Primer Plan Socialista*, de igual manera,

la Sala Político Administrativa y la Sala Constitucional, han desestimado sistemáticamente las decisiones ejecutivas que afectan a la libertad económica y al derecho de propiedad.

Sin embargo, la expresión más ostensible de sincronía de la Sala Constitucional con la ejecución del *Primer Plan Socialista*, está constituido por el conjunto de recientes decisiones que ha legitimado el carácter orgánico de leyes a través de las cuales, se están implementando las mutaciones políticas, económicas y sociales a la Constitución de 1999, y que lesionan el OPDDHH, al cercenar los derechos y libertades consagrados en la CADH. Ciertamente, en una de estas sentencias la Sala Constitucional, ha precisado:

“En el caso de autos, se observa que el objeto de la ley en comentarios se ciñe a **desarrollar y fortalecer el Poder Popular, estableciendo las normas que regulan la constitución, conformación, organización y funcionamiento de la Comuna, como entidad local donde los ciudadanos y ciudadanas en el ejercicio del Poder Popular, ejercen el pleno derecho de la soberanía y desarrollan la participación protagónica mediante formas de autogobierno para la edificación del estado comunal**, en el marco del Estado democrático y social de derecho y de justicia” (ex artículo 1 eiusdem). (...). De esta forma, advierte la Sala, sin que ello implique un análisis de fondo respecto de la constitucionalidad de las normas que componen el texto legislativo estudiado, que el citado instrumento se dicta en desarrollo del principio constitucional de la democracia participativa y descentralizada que postula el preámbulo constitucional y que reconocen los artículos 5 y 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de cuyo contenido se extrae el principio de soberanía, cuyo titular es el pueblo, quien está además facultado para ejercerla “directamente” y no sólo “indirectamente” por los órganos del Poder Público”. (Sentencia N°. 1330 de la Sala Constitucional de fecha 17 de diciembre de 2010, caso Ley Orgánica de las Comunas). (resaltado añadido).

6. CONCLUSIONES.-

En el ámbito del SIDH, se hace imperativo un empleo más técnico de las categorías de OP, OPI, y OPDDHH, a las que se debe dar una conceptualización precisa en cada contexto. En tal sentido, la noción de OPDDHH en el ámbito del SIDH es una verdadera garantía de la hegemonía e intangibilidad del régimen de los DDHH, la cual, permite activar potestades inherentes o implícitas para preservar o restablecer el

orden convencional de DDHH, y para actuar de oficio en caso de omisiones de las víctimas en el marco de un proceso ante la Corte IDH.

En el caso venezolano, resulta evidente que el OPDDHH como fundamento del SIDH está siendo progresivamente trasgredido por una serie de iniciativas legislativas y decisiones ejecutivas, homologadas por la jurisdicción constitucional, inscritas en el marco del proyecto ideológico que encarna el Primer Plan Socialista, las cuales están afectando de manera directa a los ciudadanos venezolanos vía lesión de derechos y libertades consagrados en la CADH.

Un aspecto notable de este proceso de cercenamiento de derechos y libertades es que en su ejecución están involucrados todos los poderes del Estado, incluso la jurisdicción constitucional en tanto guardiana de la Constitución, quienes en un acuerdo connivente han aceptado que en Venezuela está en marcha un proceso revolucionario, de carácter socialista, encarnado en la ejecución de una Paraconstitución o Constitución paralela o material, encarnada en el Primer Plan Socialista.

El Estado venezolano cada vez que incurre en manifiesto desacato al orden convencional humanitario, no sólo violenta tratados internacionales en materia de DDHH, sino, fundamentalmente, lesiona las bases axiológicas que subyacen en el OPDDHH.

7. REFERENCIAS.-

Acosta Sánchez, J (1998). "Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional". Madrid, Editorial Tecnos.

Ayala Corao, C (2009). "La «Inejecución» de las Sentencias Internacionales en la Jurisprudencia Constitucional de Venezuela (1999-2009)", Caracas. Fundación Manuel García-Pelayo.

Ayala Corao, C (2006). "Recepción de la Jurisprudencia Internacional sobre Derechos Humanos por la Jurisprudencia Constitucional", en Derecho Procesal Constitucional. Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. Porrúa.

Bidart Campos, G (2006). "Jerarquía y Prelación de Normas en un Sistema Internacional de Derechos Humanos", en Derecho Procesal Constitucional. México. Porrúa. Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia.

Cappelletti, M (1.987). "La Justicia Constitucional" (estudios de derecho comprado), México. UNAM.

Faúndez, H (1999). "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos". San José. Editorial Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Ferrer Mac-Gregor, E (2.006). "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Interprete Constitucional", en Derecho Procesal Constitucional, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C.. México. Porrúa.

Nikken P ((2008). "Código de Derechos Humanos". Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, Segunda Edición.

Rousseau, D (1998). « La Justice Constitutionnelle en Europe ». París. 3ª ed., Montchrestien.

Sagüés, N (2002). "Derecho Procesal Constitucional". Buenos Aires. Editorial Astrea. Tomo I. Cuarta Edición.

Vasak.K (1978). "Les Dimensions Internationales des Droits de l'Homme", Paris. Unesco, pág. 710.

V

**MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DE TRATADOS
INTERNACIONALES EN MÉXICO Y SUS
REPERCUSIONES EN EL DERECHO INTERNACIONAL**

Vicente Fernández Fernández

Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor e investigador en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Ciudad de México.

SUMARIO

1. Jerarquía de los tratados internacionales en el orden jurídico mexicano. 1.1. Introducción. 1.2. Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2. Medios de impugnación de los tratados internacionales. 2.1. Introducción. 2.2. Controversia constitucional. 2.3. Acción de inconstitucionalidad. 2.4. Juicio de amparo. 3. Consideraciones finales.

1. JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO

1.1. INTRODUCCIÓN

Hablar del orden jurídico implica referirnos necesariamente al Estado mismo. El Estado tiene como eje fundamental las normas generales que regirán la actuación de todos los que lo conforman, principalmente de los gobernados y el gobierno. Las normas que regulan al Estado y a sus integrantes están estructuradas de manera sistemática para hacer funcionar adecuadamente a las instituciones, a las autoridades, a los gobernados. Toda esa sistematización es lo que conocemos como el orden jurídico.

El punto de partida y base del orden jurídico es nuestra norma fundamental: la constitución. Después de la constitución se encuentran toda una serie de normas, algunas de diverso rango y, otras, ubicadas en un mismo plano o nivel jerárquico. En nuestro sistema jurídico, la primera parte del artículo 133 de la Carta Magna establece los llamados “principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa”, tal y como lo sostuvo la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante jurisprudencia por reiteración, precisando que dicho precepto constitucional no contiene una garantía individual, sino esencialmente los citados principios, que dejan claro que la constitución es la ley suprema y por eso, todas las normas deben ajustarse a ella, sin poder contravenirla o pasar por alto sus prescripciones¹.

La supremacía constitucional no es motivo mayor de controversia, en el sentido de que se pretenda que una ley o un tratado esté por encima de dicha norma fundamental, salvo los casos relativos a los tratados en materia de derechos humanos que algunos pugnan porque puedan estar, incluso, por encima de la constitución o, como la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación dejó ver en la ejecutoria dictada el 13 de febrero de 2007, al resolver el amparo en revisión 120/2002,² que “*esta Suprema*

1 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, Octubre de 2004, Tesis 1a./J. 80/2004, Página 264, Rubro “SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y ORDEN JERÁRQUICO NORMATIVO, PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL QUE LOS CONTIENE”.*

2 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIX, Febrero de 2009, Página 477.*

Corte no se ha pronunciado respecto a la jerarquía de aquellos tratados internacionales cuyo contenido esté referido a derechos humanos, caso en el cual, pudiera aceptarse que la jerarquía de éstos corresponda a la de la Constitución Federal misma, al concebirse dichos instrumentos internacionales como una extensión de lo previsto por ésta” y que en casos posteriores ha intentado abordarlo sin llegar a algún pronunciamiento, como es el caso del amparo directo en revisión 1492/2007, en cuyas sesiones celebradas los días 8 y 10 de septiembre de 2009, después de varios pronunciamiento de los ministros sobre dicha jerarquía, llegaron a la decisión de no abordar el tema y votar sobre el mismo.³ Así pues, los conflictos se presentan con la llamada jerarquía normativa, en donde se ha discutido –y se sigue discutiendo- cómo opera esa jerarquía con el resto de las normas que integran todo el sistema jurídico.

De la revisión que se realice al texto de nuestra propia carta magna, encontramos que de ella emanan diversas normas que tienen el carácter precisamente de leyes en sentido material, es decir, actos generales y obligatorios de orígenes muy diversos, como son los tratados internacionales celebrados por el Presidente de la República con la aprobación del Senado; las leyes que emanan del Congreso de la Unión (generales y federales); las leyes locales, creadas en las legislaturas de los estados y del Distrito Federal; los reglamentos federales, es decir, aquellos que expide el titular del ejecutivo federal; reglamentos locales emanados de los poderes ejecutivos estatales y toda una serie de normas también generales que emiten órganos de la administración pública tanto federal como estatal y municipal. Pues bien, la pregunta que nos hacemos es ¿cuál es el orden jerárquico entre todas esas normas? La respuesta no es única, ni existe una sola regla para determinarla.

1.2. CRITERIOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión 1475/98⁴, determinó apartarse del criterio anterior (de 1992) que tenía en el mismo nivel jerárquico a dichos tratados y a las leyes federales; en dicho criterio (que es del año 1999), vemos que el Máximo Tribunal del país considera que los tratados internacionales están jerárquicamente por encima de las leyes federales, porque “estos

³ Las versiones estenográficas de las sesiones del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación son consultables en su sitio oficial www.scjn.gob.mx

⁴ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, Noviembre de 1999, Tesis P. LXXVII/99, Página 46, Rubro “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.*

compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades". Además de lo anterior, la Corte consideró que dicha jerarquía la tienen porque *"en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas"*.

Debe decirse que tanto el criterio de 1992 como el de 1999, no constituyeron jurisprudencia, al no reiterarse en cinco ocasiones ininterrumpidas, con la votación idónea como exige la Ley de Amparo, por lo que quedaron como tesis aisladas.

A principios del año 2007, el Pleno del Máximo Tribunal del país, volvió a la discusión de la jerarquía de los tratados internacionales, al resolver el amparo en revisión 120/2002 (junto con otros 13 asuntos), interpretando el artículo 133 de nuestra Carta Magna, emanando tres tesis interesantes:

Primera: *"el principio de 'supremacía constitucional' implícito en el texto del artículo en cita claramente se traduce en que la Constitución General de la República, las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen la 'Ley Suprema de la Unión', esto es, conforman un orden jurídico superior, de carácter nacional, en el cual la Constitución se ubica en la cúspide y, por debajo de ella los tratados internacionales y las leyes generales."*⁵

Segunda: *"las leyes del Congreso de la Unión a las que se refiere el artículo constitucional no corresponden a las leyes federales, esto es, a aquellas que regulan las atribuciones conferidas a determinados órganos con el objeto de trascender únicamente al ámbito federal, sino que se trata de leyes generales que son aquellas que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano. Es decir, las leyes generales corresponden a aquellas respecto a las cuales*

⁵ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV, Abril de 2007, Página 6, Tesis P. VIII/2007, Rubro "SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL."*

el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el Estado Mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido por el artículo 124 constitucional. Además, estas leyes no son emitidas motu proprio por el Congreso de la Unión, sino que tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan a éste a dictarlas, de tal manera que una vez promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales.”⁶

Tercera: *“la interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario ‘pacta sunt servanda’, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.”⁷*

De los anteriores criterios, se observa que el Pleno de la Suprema Corte, concluyó el siguiente orden jerárquico normativo: en primer término la Constitución, sin que quepa la posibilidad de que exista alguna norma por encima de ella; en segundo lugar los tratados internacionales; tercero, las leyes generales; cuarto, las leyes federales y locales.

Es necesario también destacar que los criterios que hemos referido, siguen sin constituir jurisprudencia, porque no obstante haberse asumido en

6 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV, Abril de 2007, Página 5, Tesis P. VII/2007, Rubro “LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.”*

7 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV, Abril de 2007, Página 6, Tesis P. IX/2007, Rubro “TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.”*

más de cinco asuntos, al no reunirse la votación calificada de ocho ministros, sino solamente la mayoría simple de seis votos, ni siquiera son aptos para constituir jurisprudencia, de ahí que tengamos aún solamente tesis aisladas, que esperarán que en algún momento los cambios en la integración de la Corte o del parecer de algunos ministros, provoquen que se obtenga una mayoría calificada que cree jurisprudencia en ese o en otro sentido.

De igual manera, debemos tener presente, que algunos ministros del Máximo Tribunal, han manifestado que dicha jerarquía de los tratados, se refiere solo a los de carácter comercial y que los relativos a los derechos humanos deben ser analizados de manera diferente, porque pudieran estar al mismo nivel que la constitución, si bien ellos mismos han pospuesto esa discusión y pronunciamiento. No obstante, repasando las opiniones que han vertido en las sesiones del Pleno, se ve que una mayoría es de la opinión de que aún dicha clase de tratados internacionales están supeditados a la constitución y, por ello, son jerárquicamente inferiores.

2. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

2.1. INTRODUCCIÓN

El principio de supremacía constitucional que se ha descrito en los puntos anteriores, entraña desde luego la posibilidad de hacerse efectivo de acuerdo a los mecanismos que la misma constitución establece. De ahí surgen dos preguntas: ¿en dónde deben estar previstos los mecanismos para hacer valer y respetar la supremacía constitucional? y ¿quiénes son los depositarios de dicha función?.

Sobre estas dos cuestiones, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la controversia constitucional 1/2001⁸, ha sostenido en los considerandos de la sentencia correspondiente, que *“en principio, se presupone que los Poderes Constituidos, órganos, autoridades y funcionarios, respetan los mandatos de la Ley Suprema y sujetan su actuación a tales mandatos. No obstante ello, la propia Constitución establece la manera de reparar cualquier trasgresión a sus prevenciones, otorgando al Poder Judicial de la Federación la tarea del control de la constitucionalidad de las*

⁸ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIX, Marzo de 2004, Tesis P./J. 12/2004, Página 1164, Rubro “CONTROL CONSTITUCIONAL. EL ARTÍCULO 117, FRACCIÓN V, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, NO FACULTA AL CONGRESO DE LA UNIÓN PARA INSTITUIR UN MEDIO DE ESA NATURALEZA A TRAVÉS DE UNA LEY ORDINARIA, COMO LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA”.*

leyes y actos de autoridad a través de los procedimientos jurisdiccionales expresamente previstos para ello, a saber, el juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad [...] Así, la defensa, preservación y control de la Constitución Federal está encomendada por la propia Constitución de manera expresa al Poder Judicial Federal a través de los procedimientos jurisdiccionales ahí previstos, antes referidos, los que deben iniciarse siempre a instancia de los sujetos, entes y órganos expresamente legitimados para ello”.

Como vemos, la conclusión es que solamente en el texto constitucional se pueden establecer los medios por los cuales se puede hacer efectiva la supremacía constitucional y que dicha facultad le fue conferida de manera exclusiva a los tribunales federales.

Ahora bien, el tema específico de los tratados internacionales, conlleva varias cuestiones:

- A)** Un primer problema es determinar en cada caso concreto si un tratado internacional es o no aplicable, lo cual es una cuestión de mera legalidad.
- B)** Es posible que la cuestión se circunscriba a determinar si en un caso concreto, es aplicable, por ejemplo, una ley o el tratado, en razón de contener cuestiones contradictorias. Sigue siendo un problema de legalidad y aquí cobra relevancia la jerarquía de los tratados, porque asumiendo el criterio de la Suprema Corte (aislado, no jurisprudencial), será aplicable el tratado, al considerarlo jerárquicamente superior a cualquier ley.
- C)** Una tercera posibilidad, es que se diga que un tratado internacional es inconstitucional.

Es esta tercera posibilidad la que nos ocupa ahora. Hablar de medios de impugnación de los tratados internacionales, significa que en un proceso se tilde de inconstitucional dicho tratado, por contravenir la constitución, resaltando nuevamente la importancia de que se tenga al tratado jerárquicamente hablando, por debajo de la carta magna, dado que si se asumen de la misma jerarquía, jamás se podría impugnar un tratado internacional, sino solamente sería un problema de aplicación.

Bajo estas consideraciones, enseguida se describirán los tres medios existentes en nuestro derecho interno para impugnar un tratado

internacional por su probable inconstitucionalidad: la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad y el juicio de amparo, sin perder de vista que mientras un tratado internacional no sea declarado inconstitucional en alguna de estas vías, goza de la presunción de apegarse al texto constitucional.⁹

2.2. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL

2.2.1. Legitimación activa

Como sabemos, en la fracción I del artículo 105 constitucional se establece la procedencia de la controversia constitucional, como un medio para hacer valer la supremacía constitucional, de tal manera que no deben interpretarse de manera restrictiva los supuestos ahí previstos, sino atenderse a la naturaleza de dicho mecanismo que busca precisamente preservar esa supremacía de la que se ha venido hablando.

Dicho precepto señala lo siguiente:

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;

⁹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI, Julio de 2007, Página 384, Tesis 2a. LXXXIV/2007, Rubro "TRATADOS INTERNACIONALES. DEBEN PRESUMIRSE APEGADOS AL TEXTO CONSTITUCIONAL HASTA EN TANTO SE DEMUESTRE SU INCONSTITUCIONALIDAD EN LA VÍA PROCEDENTE."*

- 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.

Así, tenemos que la controversia constitucional busca *“la protección del ámbito de atribuciones que la misma Ley Suprema prevé para los órganos originarios del Estado, es decir, aquellos que derivan del sistema federal y del principio de división de poderes a que se refieren los artículos 40, 41 y 49, en relación con el 115, 116 y 122, de la propia Constitución y no así a los órganos derivados o legales, pues estos últimos no son creados ni tienen demarcada su competencia en la Ley Fundamental”*, como lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la solicitud de revocación por hecho superveniente en el incidente de suspensión relativo a la controversia constitucional 51/96.¹⁰

Efectivamente, lo que hay que atender no es a la lista que aparece enunciativamente en la ya citada fracción I del artículo 105 constitucional, sino que el ámbito de protección está referido a los órganos originarios del Estado, siendo estos *“la Federación, una entidad federada, un Municipio y el Distrito Federal (que serían los niveles de gobierno establecidos en nuestra Ley Fundamental); el Poder Ejecutivo Federal, el Congreso de la Unión, cualesquiera de sus Cámaras o, en su caso, la Comisión Permanente (Poderes Federales), los poderes de una misma entidad federada (Poderes Locales) y, por último, los órganos de gobierno del Distrito Federal (Asamblea Legislativa, el jefe de Gobierno y el Tribunal Superior de Justicia)”* tal y como lo ha sostenido el Máximo Tribunal de la Nación en la controversia constitucional antes citada.

¹⁰ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VIII, Diciembre de 1998, Tesis P. LXXII/98, Página 789, Rubro “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA TUTELA JURÍDICA DE ESTA ACCIÓN ES LA PROTECCIÓN DEL ÁMBITO DE ATRIBUCIONES QUE LA LEY SUPREMA PREVE PARA LOS ÓRGANOS ORIGINARIOS DEL ESTADO”.*

Ahora bien, el Pleno del Máximo Tribunal, al resolver el recurso de reclamación 58/2007, promovido en contra del acuerdo que admitió a trámite la controversia constitucional 11/2007, promovida por el Instituto Federal Electoral, analizó precisamente la legitimación de dicho órgano para interponer dicho juicio.

En sesiones de 11 y 12 de junio de 2007, los ministros discutieron la posibilidad de que los órganos constitucionales autónomos tengan o no legitimación activa para interponer controversia constitucional, dado que al estar prevista su existencia y ámbito de atribuciones en el texto constitucional, son órganos originarios del Estado. La decisión finalmente tomada consistió en interpretar de manera restrictiva la fracción I del artículo 105 constitucional, de tal manera que si el Órgano Reformador de la constitución no incluyó a los órganos autónomos en la lista de los sujetos legitimados, la Suprema Corte no puede ir más allá e incluirlos, por lo que el Instituto Federal Electoral –y todos los órganos constitucionales autónomos- no están legitimados activamente para interponer una demanda de controversia constitucional.

El criterio asumido por el Máximo Tribunal, tuvo como precedente una votación dividida de seis a cinco, de tal manera que al no contar con la votación calificada de 8 votos, no constituye jurisprudencia y quedará todavía en tela de juicio la legitimación discutida, si bien en el caso concreto si produjo sus consecuencias jurídicas.

2.2.2. Ámbito de tutela jurídica

Ahora bien, si la controversia constitucional está prevista para proteger de manera específica el ámbito de atribuciones de los órganos originarios del Estado, en un momento se llegó a plantear la interrogante de si solamente se podían hacer valer violaciones referidas a una invasión de facultades o competencias, es decir, que el órgano originario solamente pudiera interponer dicho juicio cuando otro órgano realizara algún acto respecto del cual el originario fuera el único autorizado para emitirlo. Sobre dicho punto, se ha insistido en que atendiendo a la naturaleza misma de la controversia constitucional, que busca preservar el orden constitucional, en específico respecto de actos que agraven directamente a un órgano originario del Estado y que por su estatus no pueda acceder a ningún medio de defensa como pudiera ser el juicio de amparo, entonces pueda hacer valer cualquier violación a la constitución y no solamente la invasión de facultades, tal y como se ha manifestado el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la controversia constitucional 5/2001¹¹.

¹¹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIV, Septiembre de 2001, Tesis P./J.*

Sobre esos mismos términos ya se había pronunciado anteriormente nuestro Máximo Tribunal, al resolver la controversia constitucional 31/97, siendo contundente en sus argumentos en el sentido de que *“si el control constitucional busca dar unidad y cohesión a los órdenes jurídicos descritos, en las relaciones de las entidades u órganos de poder que las conforman, tal situación justifica que una vez que se ha consagrado un medio de control para dirimir conflictos entre dichos entes, dejar de analizar ciertas argumentaciones sólo por sus características formales o su relación mediata o inmediata con la Norma Fundamental, produciría, en numerosos casos, su ineficacia, impidiendo salvaguardar la armonía y el ejercicio pleno de libertades y atribuciones, por lo que resultaría contrario al propósito señalado, así como al fortalecimiento del federalismo, cerrar la procedencia del citado medio de control por tales interpretaciones técnicas, lo que implícitamente podría autorizar arbitrariedades, máxime que por la naturaleza total que tiene el orden constitucional, en cuanto tiende a establecer y proteger todo el sistema de un Estado de derecho, su defensa debe ser también integral, independientemente de que pueda tratarse de la parte orgánica o la dogmática de la Norma Suprema, dado que no es posible parcializar este importante control”*¹².

Si como se ha visto, un órgano originario del Estado es el único legitimado activamente para presentar la demanda de controversia constitucional, en la cual podrá hacer valer cualquier violación a la constitución, ya sea directa o indirecta, porque lo que se busca es siempre preservar el orden constitucional y, en específico, la supremacía de la Carta Magna, ello está sujeto siempre a que el acto del cual se duela le ocasione un agravio, entendido según la misma Suprema Corte *“como un interés legítimo para acudir a esta vía [...] dicho interés se actualiza cuando la conducta de la autoridad demandada sea susceptible de causar perjuicio o privar de un beneficio a la parte que promueve en razón de la situación de hecho en la que ésta se encuentre, la cual necesariamente deberá estar legalmente tutelada, para que se pueda exigir su estricta observancia”*¹³.

112/2001, Página 881, Rubro “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. MEDIANTE ESTA ACCIÓN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN TIENE FACULTADES PARA DIRIMIR CUESTIONES QUE IMPLIQUEN VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, AUNQUE NO SE ALEGUE LA INVASIÓN DE ESFERAS DE COMPETENCIA DE LA ENTIDAD O PODER QUE LA PROMUEVE”.

12 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo X, Septiembre de 1999, Tesis P./J. 98/99, Página 703, Rubro “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AUTORIZA EL EXAMEN DE TODO TIPO DE VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.

13 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XIV, Julio de 2001, Tesis P./J. 83/2001, Página 875, Rubro “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. INTERÉS LEGÍTIMO PARA PROMOVERLA”.

2.2.3. Legitimación pasiva

Quedó precisado en líneas anteriores, que la legitimación activa en una controversia constitucional es privativa de los órganos originarios del Estado; *“sin embargo –se lee en la ejecutoria de la Suprema Corte, emitida en la ya citada controversia constitucional 51/96-, en cuanto a la legitimación pasiva, no se requiere, necesariamente, ser un órgano originario del Estado, pues, ello implicaría desconocer el principio de supremacía constitucional y, con ello, la doble finalidad del medio de control, en consecuencia, debe estimarse que los órganos derivados eventualmente sí pueden estar legitimados pasivamente para intervenir en el procedimiento constitucional, esto es, para ser señalados con el carácter de demandados”*.

Entonces, de lo anterior se desprende que pueden ser demandados tanto los órganos originarios como los derivados, pero los últimos no en todos los casos. El Máximo Tribunal del país ha precisado que *“cuando ese órgano derivado está subordinado jerárquicamente a otro ente o poder de los que señala el mencionado artículo 105, fracción I, resulta improcedente tenerlo como demandado, pues es claro que el superior jerárquico, al cumplir la ejecutoria, tiene la obligación de girar, a todos sus subordinados, las órdenes e instrucciones necesarias a fin de lograr ese cumplimiento; y estos últimos, la obligación de acatarla aun cuando no se les haya reconocido el carácter de demandados”*¹⁴.

Determinar si un órgano derivado está legitimado pasivamente en una controversia constitucional, dependerá de si tiene autonomía o está subordinado a otro, lo cual se deberá analizar en cada caso concreto, conforme a las normas que regulen o hayan creado a dicho órgano derivado. Como ejemplo, tenemos el caso de la Comisión Federal de Competencia Económica (hoy llamada solo Comisión Federal de Competencia), la cual *“cuenta con legitimación pasiva en controversias constitucionales, ya que, aun cuando no es un órgano originario del Estado, sino derivado, al ejercer sus atribuciones relativas a la prevención, investigación y combate de monopolios, prácticas monopólicas y concentraciones, lo hace con autonomía y plena potestad, inclusive para ejecutar sus determinaciones”*¹⁵, criterio con el cual se ha venido ampliando la posibilidad de demandar

14 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XII, Agosto de 2000, Tesis P./J. 84/2000, Página 967, Rubro “LEGITIMACIÓN PASIVA EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. CARECEN DE ELLA LOS ÓRGANOS SUBORDINADOS”.*

15 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIX, Marzo de 2004, Tesis P./J. 10/2004, Página 1056, Rubro “COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. TIENE LEGITIMACIÓN PASIVA EN CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL, PUES EMITE RESOLUCIONES CON PLENA AUTONOMÍA”.*

instituciones que de manera general podríamos considerar como subordinadas, pero que al revisar sus leyes orgánicas observamos que al igual que la Comisión Federal de Competencia, tienen autonomía y plena potestad para tomar sus decisiones e, incluso, que pueden llegar a ejecutar sus determinaciones.

2.2.4. Plazos y definitividad

Para la impugnación de actos, la demanda de controversia constitucional debe presentarse dentro de los treinta días siguientes, contados a partir del día siguiente a aquel en que surta efectos la notificación o de que se tuvo conocimiento del mismo; en tratándose de normas generales, la demanda deberá promoverse dentro del plazo de treinta días contados a partir del día siguiente al de su publicación (no de su entrada en vigor) o, en su caso, dentro del mismo plazo, pero contado a partir del día siguiente al en que se realice el primer acto de aplicación, de tal manera que en términos del criterio del Máximo Tribunal, asumido al resolver la controversia constitucional 84/2004¹⁶, la demanda será improcedente si se impugna la norma general por virtud de un segundo acto de aplicación, siempre y cuando no se esté en el primer supuesto, es decir, dentro de los treinta días a partir de su publicación.

Por otro lado, para acceder a este medio de control de la constitucionalidad de los actos, es imperativo haber agotado previamente los medios ordinarios de defensa, es decir, respetar el principio de definitividad. Al respecto, debe destacarse que si el medio de defensa ordinario está previsto en una ley local, dependerá de si las violaciones aducidas son directas o indirectas, puesto que, tal y como lo determinó el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la controversia constitucional 6/2001, *“tratándose de recursos o medios de defensa previstos en las legislaciones locales sólo opera cuando en la demanda no se planteen violaciones directas e inmediatas a la Constitución Federal, sino violaciones a la legislación local que, como consecuencia, produzcan la transgresión a normas de la Carta Magna, pues el órgano local a quien se atribuya competencia para conocer del conflicto carece de ella para pronunciarse sobre la vulneración a disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”*.

¹⁶ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXIV, Noviembre de 2006, Página 878, Tesis P./J. 121/2006, Rubro “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. ES IMPROCEDENTE CONTRA UN SEGUNDO O ULTERIOR ACTO DE APLICACIÓN DE LA NORMA GENERAL IMPUGNADA.”

2.2.5. Características de las sentencias

A) La suplencia: la naturaleza de la suplencia consiste en la posibilidad de atender a cuestiones planteadas de manera deficiente por las partes y, en algunos casos, hasta aquellas que no se hicieron valer. En el artículo 39 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se autoriza a la Suprema Corte a examinar en su conjunto la demanda de controversia constitucional y corregir los errores que advierta, facultad que ha sido interpretada por el mismo Tribunal, en el sentido de que dicha corrección de errores es *“no sólo de los preceptos legales invocados, sino también de algunos datos que puedan desprenderse de la misma demanda o de las pruebas ofrecidas por las partes, en virtud de que, por la propia naturaleza de esta acción constitucional, se pretende que la Suprema Corte de Justicia pueda examinar la constitucionalidad de los actos impugnados superando, en lo posible, las cuestiones procesales que lo impidan.”*¹⁷

Aunado a lo anterior y aún y cuando no forma parte de la suplencia, está la naturaleza y requisitos de los conceptos de invalidez, los que también en términos de lo sostenido por el Máximo Intérprete, al resolver la controversia constitucional 14/2001¹⁸, pueden consistir en *“todo razonamiento que, cuando menos, para demostrar la inconstitucionalidad contenga la expresión clara de la causa de pedir. Por tanto, en el concepto de invalidez deberá expresarse, cuando menos, el agravio que el actor estima le causa el acto o ley impugnada y los motivos que lo originaron, para que este Alto Tribunal pueda estudiarlos, sin que sea necesario que tales conceptos de invalidez guarden un apego estricto a la forma lógica del silogismo”*, lo que desde luego permite ir flexibilizando este medio de control, siempre pensando en que por encima de formalismos, se encuentra la salvaguarda del orden y supremacía constitucionales.

B) Efectos espaciales: una de las características de trascendencia que tienen las controversias constitucionales, radica en la posibilidad de que las declaraciones de invalidez que se decreten sobre disposiciones generales tengan también efectos generales, cuando se esté en los supuestos previstos en el artículo 105, fracción I, penúltimo párrafo, de

¹⁷ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, VIII, Diciembre de 1998, Página 824, Tesis P./J. 79/98, Rubro “CONTROVERSIA CONSTITUCIONALES. LA SUPLENCIA DE LA QUEJA AUTORIZA A EXAMINAR EN SU CONJUNTO LA DEMANDA A FIN DE RESOLVER LA CUESTIÓN EFECTIVAMENTE PLANTEADA, CORRIENDO LOS ERRORES QUE SE ADVIERTAN”.*

¹⁸ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXII, Octubre de 2005, Tesis P./J. 135/2005, Página 2062, “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. PARA QUE SE ESTUDIE LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA O ACTO BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE EN LA DEMANDA LA CAUSA DE PEDIR.”*

la Constitución Federal, que es del tenor literal siguiente: “*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*”.

Como vemos, los efectos de las sentencias dictadas en controversia constitucional consistirán en declarar la invalidez de la norma con efectos generales cuando se trate de disposiciones generales emitidas por los Estados o los Municipios impugnadas por la Federación, de los Municipios impugnadas por los Estados, o bien, entre dos órganos de gobierno del Distrito Federal, y que fuera de esos supuestos, las sentencias sólo tendrán efectos entre las partes. La anterior regla permite concluir –como lo hizo el Máximo Tribunal en la tesis de jurisprudencia P./J. 9/99-, que “*el alcance de sus efectos variarán según la relación de categorías que haya entre el ente actor y el demandado, que es el creador de la norma general impugnada*”.

También, se observa que en la regla anterior, no se incluye el supuesto en el cual la Federación impugna normas del Distrito Federal (sólo se habla de los Estados), lo cual ha propiciado la interpretación de la Corte, emanada de la controversia constitucional 24/2005¹⁹, en el sentido de que “*atendiendo a una interpretación teleológica de dichos preceptos y a la intención del legislador de que cuando la Federación impugne normas generales de otros órdenes u órganos, la resolución tendrá efectos generales, puede concluirse que no existe razón jurídica para excluir de este supuesto a las resoluciones dictadas en esta vía constitucional en que se hayan impugnado disposiciones generales del Distrito Federal por la Federación*”.

Por otro lado, cuando se trata de controversias entre dos órganos de gobierno del Distrito Federal en las que se impugne una norma general, los efectos de la sentencia serán, como vimos, generales, pero tal supuesto encuentra una excepción: cuando la parte actora es una delegación y la demandada alguno de los restantes órganos de gobierno del Distrito Federal. En efecto, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, determinó al resolver la controversia constitucional 28/2002²⁰, que con la

¹⁹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIV, Julio de 2006, Página 823, Tesis P./J. 76/2006, Rubro “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EFECTOS DE LA SENTENCIA DICTADA EN ESTA VÍA CUANDO LA FEDERACIÓN HAYA IMPUGNADO UNA NORMA GENERAL DEL DISTRITO FEDERAL.”*

²⁰ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVIII, Diciembre de 2003, Tesis P./J. 64/2003, Página 756, Rubro “CONTROVERSIA CONSTITUCIONALES. LA DECLARACIÓN DE INVALIDEZ*

reforma al artículo 122 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintidós de agosto de mil novecientos noventa y seis, se estableció la existencia de las delegaciones con las características que actualmente tienen, pero dicha reforma es posterior a las que se hicieron al artículo 105 de la Constitución de veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y tres y treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, en las que se incluyó la hipótesis relativa a las controversias que se suscitaban entre órganos de gobierno del Distrito Federal, momento en el cual únicamente existían con ese carácter la Asamblea Legislativa, el jefe de Gobierno y el Tribunal Superior de Justicia, los cuales tienen igual jerarquía y ejercen su competencia en todo el territorio del Distrito Federal y, por ello, se estableció que la declaratoria de invalidez debía tener efectos generales; pero si posteriormente se estableció la existencia de las delegaciones con la naturaleza que ahora tienen, esto es, el ser también órganos de gobierno, pero con una limitación territorial, resulta que las sentencias no pueden tener efectos generales, cuando las delegaciones son parte actora, precisamente por tener limitado su ámbito de gobierno a un determinado territorio dentro del Distrito Federal.

Los efectos generales que tendrá la resolución dictada en una controversia constitucional cuando se impugne una norma general y se esté en los supuestos del penúltimo párrafo de la fracción I del artículo 105 constitucional, exige desde luego la votación de por lo menos ocho ministros, es decir, una mayoría calificada. El último párrafo del precepto en comento, prescribe que *“en los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia”*, discutiéndose cuáles son “los demás casos” y si en ellos la votación requerida también debe ser de mayoría calificada.

Al respecto, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la controversia constitucional 66/2002²¹, determinó que debe aplicarse lo previsto en el segundo párrafo del artículo 42 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 constitucional, que prescribe que *“en aquellas controversias respecto de normas generales en que no se alcance la votación mencionada en el párrafo anterior, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia declarará desestimadas dichas controversias.*

DE NORMAS GENERALES IMPUGNADAS POR UNA DELEGACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL TIENE EFECTOS RELATIVOS A LAS PARTES EN LA CONTROVERSIAS”.

21 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, Noviembre de 2004, Tesis P. LXII/2004, Página 1610, Rubro “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES EN QUE SE IMPUGNAN DISPOSICIONES GENERALES QUE RIGEN EN UN ÁMBITO ESPACIAL DE VALIDEZ MAYOR DEL QUE CORRESPONDE A LA ENTIDAD ACTORA. SI NO SE ALCANZA LA VOTACIÓN DE OCHO VOTOS, CUANDO MENOS, A FAVOR DE LA INVALIDEZ, PROCEDE SU DESESTIMACIÓN”.*

En estos casos no será aplicable lo dispuesto en el artículo siguiente”.

Atendiendo a dicho precepto, se dijo que “los demás casos”, son aquellos en los que se impugne una norma federal o estatal por parte de un municipio o una federal por un estado de la federación, lo que podemos llamar de abajo hacia arriba, y que para declararla procedente se requerirá también la votación favorable de por lo menos ocho ministros y la única diferencia será en los efectos que tendrá dicha sentencia, los que serán solamente respecto de las partes. En consecuencia y conforme al precepto transcrito, si se obtiene una mayoría simple, tendrá que “desestimar” la controversia, lo que significa no resolverla, no hacer declaración de validez o invalidez, aún cuando implícitamente sea su validez porque la norma seguirá aplicándose como si nunca se hubiera controvertido.

Dicho criterio del Pleno de la Corte, fue tomado por mayoría simple, es decir, seis ministros fueron los de dicho parecer y el resto votaron en contra, argumentando que el segundo párrafo del artículo 42 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la constitución, va más allá del texto constitucional, por lo que debe prevalecer éste último, de tal manera que cuando se impugne una norma general y el actor sea un municipio en contra de la federación o un estado, o bien sea el estado el que controvierta una ley federal, la única consecuencia es que la sentencia no tendrá efectos generales, pero puede tomarse la decisión con una mayoría simple.

C) Efectos temporales: la regla general de las sentencias dictadas en controversia constitucional, consiste en que la Suprema Corte de Justicia está en posibilidad de determinar el momento a partir del cual surtirán sus efectos, pero que, a su vez, no deberán tener efectos retroactivos, salvo en materia penal que así podrá ser. Bajo estas directrices y la posibilidad de que se suspenda durante el juicio la ejecución del acto, el Máximo Tribunal, al resolver la controversia constitucional 10/2005²², sostuvo que la misma Corte, “*cualquiera que sea la materia, puede indicar en forma extraordinaria que la declaración de invalidez sea efectiva a partir de la fecha de la presentación de la demanda, cuando por virtud de la suspensión de los actos reclamados se hayan mantenido las cosas en el estado en que se encontraban al momento de la promoción de la controversia, o bien desde el momento en que se hubiese otorgado esa medida cautelar, cuando su concesión ocurrió con posterioridad a la presentación de aquella.*”

22 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, Mayo de 2006, Página 1377, Tesis P./J. 71/2006, Rubro “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA SENTENCIA DE INVALIDEZ EXCEPCIONALMENTE PUEDE SURTIR EFECTOS A PARTIR DE LA FECHA DE PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA.”*

D) Creación de jurisprudencia: otra característica a destacar es la jurisprudencia que emana de las resoluciones emitidas en una controversia constitucional. Desde luego la regla general consiste en que de las resoluciones que emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación se obtienen criterios que pasan a ser tesis de jurisprudencia. En el caso de las resoluciones que se emiten en las controversias constitucionales, dada la importancia de dicho juicio y que, por ello es resuelto por el Pleno del Máximo Tribunal, se dispuso en el artículo 43 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la constitución que *“las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, serán obligatorias para las Salas, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean éstos federales o locales”*.

Así pues, resulta necesario acudir siempre a las ejecutorias emitidas por el Pleno de la Corte, para obtener los argumentos sustentados en la parte considerativa para invocar la obligatoriedad de tales criterios en los procesos que se sustancien ante cualquier tribunal del país, desde luego cuando se haya cumplido con el requisito de la votación calificada.

2.2.6. IMPUGNACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES

En los párrafos que preceden se ha descrito quiénes son los sujetos que pueden participar en una controversia constitucional, ya sea como actores o como demandados, así como los actos susceptibles de ser impugnados.

De ello se puede concluir que los requisitos de procedencia de la controversia constitucional son los siguientes:

- A)** Que el acto sea susceptible de impugnación en esta vía, pudiendo ser actos de naturaleza administrativa o legislativa en sentido amplio, sin importar de donde emanan; los únicos que no se pueden cuestionar en controversia constitucional son los actos de naturaleza jurisdiccional.
- B)** Que la demanda la promueva un órgano originario del Estado, como lo son los enunciados en la fracción I del artículo 105 constitucional.

- C) Que se demande a los órganos legitimados pasivamente para ello, que serán los originarios del Estado y los derivados que no sean subordinados.
- D) Que el acto impugnado cause agravio al órgano actor.

Las preguntas que debemos hacernos enseguida son, primero, si un tratado internacional es susceptible de ser impugnado en controversia constitucional y, de ser afirmativa la respuesta, quiénes son los sujetos que la pueden promover y en su caso a quiénes se debe demandar.

Ni la constitución ni la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional señalan de manera específica a los tratados internacionales como actos susceptibles de impugnación en controversia constitucional. Lo que sí se dice en todo momento es que lo susceptible de ser controvertido, son actos y normas generales, como por ejemplo en el artículo 21 en donde se precisan los plazos para la interposición de la demanda:

ARTICULO 21. El plazo para la interposición de la demanda será:

- I. Tratándose de actos, de treinta días contados a partir del día siguiente al en que conforme a la ley del propio acto surta efectos la notificación de la resolución o acuerdo que se reclame; al en que se haya tenido conocimiento de ellos o de su ejecución; o al en que el actor se ostente sabedor de los mismos;
- II. Tratándose de normas generales, de treinta días contados a partir del día siguiente a la fecha de su publicación, o del día siguiente al en que se produzca el primer acto de aplicación de la norma que dé lugar a la controversia, y
- III. Tratándose de los conflictos de límites distintos de los previstos en el artículo 73, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de sesenta días contados a partir de la entrada en vigor de la norma general o de la realización del acto que los origine.

Ahora bien, cuando se dice actos, se refiere a actos de naturaleza administrativa y cuando se refiere a normas generales, hay dos alternativas: o se toma el concepto restringido de leyes en sentido formal o el amplio de cualquier acto que tenga la naturaleza de norma general: leyes federales, leyes locales, reglamentos tanto federales como locales y cualquier disposición de observancia general, llámese como se llame, ya sea circular, decreto, miscelánea fiscal, norma oficial, etc., emitidos sobre todo por la administración pública.

Asimismo, se debe tomar en consideración que además de dichas normas, también es posible impugnar los tratados internacionales, ya que el mismo artículo 133 constitucional los considera junto con otras normas como ley suprema de la Unión. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha aceptado la posibilidad de impugnar dichos tratados, precisando al resolver la controversia constitucional 33/2002²³, que *“al tener los mencionados instrumentos internacionales la naturaleza de normas u ordenamientos generales, son susceptibles de control constitucional a través de la controversia que establece la fracción I del artículo 105 constitucional, que aunque no incluye de modo explícito entre los actos impugnables a la especie ‘tratados’, sí menciona expresamente como actos sometidos a su control a las “disposiciones generales”.*

Por lo que hace a los sujetos que podrán impugnar en controversia constitucional un tratado internacional, tenemos a los que en general lo pueden hacer, es decir, todos los órganos originarios del Estado y que como se desprende de la misma fracción I del artículo 105 constitucional, están incluidos los órganos de gobierno en los tres niveles, es decir, federal, estatal y municipal, como puede ser un congreso local, cualquiera de las cámaras del Congreso de la Unión, un municipio, etc. Por supuesto que además de ello, para poder controvertir el tratado, el órgano que lo haga debe resentir un agravio, cualquiera que este sea. Sin agravio la controversia constitucional será improcedente.

Cuando se impugna una ley federal, los demandados son los que intervinieron en la expedición de la misma, entre los que se encuentran, las cámaras del Congreso de la Unión y el Presidente de la República. Cuando se impugna un tratado internacional, como ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no se llama a juicio al “Estado Mexicano” y en consecuencia a los tres poderes federales y a todas las entidades de la federación, sino solamente los que intervinieron en la celebración del tratado, esto es, el Presidente de la República y el Senado.²⁴

Finalmente, no debemos perder de vista que cuando decimos que una controversia constitucional es procedente contra un tratado internacional,

23 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, Septiembre de 2004, Tesis P./J. 84/2004, Página 1258, Rubro “TRATADOS INTERNACIONALES. SON NORMAS GENERALES Y, POR TANTO, SON IMPUGNABLES EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES”.*

24 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XX, Septiembre de 2004, Página 1257, Tesis P./J. 85/2004, Rubro “TRATADOS INTERNACIONALES. PARA DEMANDAR SU INVALIDEZ EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES ÚNICAMENTE DEBE LLAMARSE A JUICIO A LAS AUTORIDADES INTEGRANTES DE LOS PODERES DE LA FEDERACIÓN QUE INTERVINIERON EN SU PROCESO DE FORMACIÓN.”*

solamente estamos refiriéndonos a los requisitos de procedencia, es decir, que la demanda la haya presentado un sujeto legitimado que resienta agravio, para pasar después al tema de fondo, que consiste en analizar si dicho tratado internacional contraviene o no la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo efecto en caso de declararse su inconstitucionalidad, será la de invalidar dicho tratado o la parte tildada de inconstitucional, sin que ello repercuta en la responsabilidad que el mismo Estado Mexicano pueda tener hacia el exterior respecto de los Estados con los que se haya celebrado dicha convención internacional.

2.3. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

2.3.1. Reglas de procedencia

La supremacía constitucional implica el establecimiento de mecanismos tendentes a preservarla, en algunos casos mediante un proceso, es decir, en el que existe un litigio entre dos partes, derivado de que alguna de ellas presuntamente violentó el orden constitucional, como sucede en la controversia constitucional. En la acción de inconstitucionalidad no existe un proceso sino un procedimiento en el que alguno de los sujetos legitimados pretende que se respete dicha supremacía constitucional, cuando una norma general está violentando dicho orden, pero sin plantear un conflicto entre partes.

En el primer párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional se da la regla general de procedencia, precisándose que la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá "*De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución*". Ahora bien, es necesario tener claro de qué normas de carácter general se está hablando, para delimitar el rango de normas impugnables en esta vía, ya que tienen ese carácter tanto los tratados internacionales, las leyes federales y locales, los reglamentos también federales y locales, como todas las normas generales que emite la administración pública y algunos órganos autónomos.

Al respecto, tenemos que tanto en el texto constitucional como en la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 constitucional, siempre se hace referencia a la impugnación de leyes en sentido formal y a los tratados internacionales; esas leyes en sentido formal, son desde luego las que expide el Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades de la federación y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Así pues, el Pleno de nuestro Máximo Tribunal, al resolver la

acción de inconstitucionalidad 4/98²⁵, concluyó que las acciones de inconstitucionalidad “*proceden contra normas de carácter general, pero no contra cualquiera de éstas, sino sólo contra aquellas que tengan el carácter de leyes, o bien, de tratados internacionales.*”

Cuando se dice que la acción de inconstitucionalidad procede solamente contra leyes en sentido formal, es decir, normas generales emanadas de los poderes legislativos federal o locales, no debemos restringirlas a aquellas que lleven ese nombre, esto es, de “ley”, sino atender de manera preponderante a que esas normas generales llámense como se llamen, hayan sido creadas por dichos órganos legislativos, de tal manera que las constituciones locales, al ser expedidas por los congresos locales, sí son susceptibles de impugnarse en esta vía, tal y como lo sostuvo la Suprema Corte al resolver la acción de inconstitucionalidad 9/2001²⁶.

Finalmente, debe concluirse diciendo que las normas generales que emanen de los poderes legislativos que como vimos son las susceptibles de ser impugnadas en una acción de inconstitucionalidad, requieren necesariamente que se haya concluido el procedimiento previsto para su creación, es decir, que se hayan publicado, toda vez que el plazo de treinta días previsto para su impugnación, empieza a contar a partir del día siguiente a la fecha en que la ley o tratado se hayan publicado en el medio oficial correspondiente, tal y como se prevé en el segundo párrafo de la fracción II del artículo 105 de nuestra Carta Magna y en el artículo 60 de su ley reglamentaria.

Así pues, para la impugnación de la norma no se requiere que haya entrado en vigor ni mucho menos que se haya realizado un primer acto de aplicación, puesto que el interés legítimo para su impugnación nace forzosamente con su publicación, tal y como lo ha ratificado la Suprema Corte al resolver la acción de inconstitucionalidad 1/98²⁷, pero sin soslayar la posibilidad de impugnar actos que integran el procedimiento legislativo, siempre y cuando la norma se haya publicado, puesto que “*no procede*

25 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo IX, Abril de 1999, Tesis P./J. 22/99, Página 257, Rubro “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SÓLO PROCEDE CONTRA NORMAS GENERALES QUE TENGAN EL CARÁCTER DE LEYES O DE TRATADOS INTERNACIONALES”.*

26 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIII, Marzo de 2001, Tesis P./J. 16/2001, Página 447, Rubro “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ES PROCEDENTE PARA IMPUGNAR CONSTITUCIONES LOCALES, AL SER ÉSTAS, NORMAS DE CARÁCTER GENERAL Y ESTAR SUBORDINADAS A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.*

27 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo IX, Febrero de 1999, Tesis P./J. 2/99, Página 287, Rubro “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EL PLAZO PARA INTERPONERLA ES A PARTIR DEL DÍA SIGUIENTE DE LA PUBLICACIÓN OFICIAL DE LA NORMA IMPUGNADA”.*

*impugnar cada acto legislativo individualmente, ya que no puede quedar subsistente o insubsistente aisladamente, sino sólo a través del análisis conjunto de esos actos con motivo de la publicación de la norma*²⁸.

2.3.2. Legitimación activa

Como ya se ha dicho, en la acción de inconstitucionalidad solamente es posible impugnar las normas generales que emiten los órganos formalmente legislativos, derivando de ahí un primer supuesto de legitimación, precisamente para una parte de los integrantes del propio órgano que expidió la norma, debiendo cumplirse con el requisito de una minoría del órgano parlamentario de treinta y tres por ciento, ya sea de la Cámara de Diputados o la de Senadores, cuando se trate de la impugnación de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por dichos cuerpos legislativos y de Tratados Internacionales en el caso del Senado. Dicho porcentaje mínimo de legisladores también es requerido para las leyes locales y del Distrito Federal.

No hay que perder de vista que dada la naturaleza de la acción de inconstitucionalidad, en el sentido de que no entraña una contienda entre partes, sino solamente un interés legítimo por preservar la supremacía constitucional, no es necesario cubrir algún requisito mayor al estar legitimado para su ejercicio, de ahí que un grupo parlamentario que en su momento haya votado a favor de la ley, en cuanto ésta se haya publicado, podrá impugnarla por su probable contradicción con el texto constitucional, ya que la exigencia es solamente reunir el mínimo de legisladores que actúen como promoventes, solicitando a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la realización de un análisis abstracto de la norma, tal y como dicho tribunal precisó al resolver la acción de inconstitucionalidad 9/2001²⁹.

Además de la legitimación de una fracción parlamentaria para impugnar las leyes emanadas del propio órgano legislativo, fue voluntad del Órgano Reformador de la constitución, el facultar al Procurador General de la República para promover la acción de inconstitucionalidad contra

28 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIX, Junio de 2004, Tesis P./J. 35/2004, Página 864, Rubro "ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LOS ACTOS QUE INTEGRAN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO SÓLO PUEDEN IMPUGNARSE A PARTIR DE QUE ES PUBLICADA LA NORMA GENERAL".*

29 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIII, Marzo de 2001, Tesis P./J. 20/2001, Página 448, Rubro "ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LOS DIPUTADOS QUE CONFORMEN EL TREINTA Y TRES POR CIENTO DE LA INTEGRACIÓN DE UNA LEGISLATURA ESTATAL TIENEN LEGITIMACIÓN PARA PROMOVERLA, AUN CUANDO NO HUBIERAN VOTADO EN CONTRA DE LA NORMA GENERAL IMPUGNADA".*

cualquier ley, ya sea federal, local o del Distrito Federal, así como los tratados internacionales *“sin que sea indispensable al efecto la existencia de agravio alguno, en virtud de que dicho medio de control constitucional se promueve con el interés general de preservar, de modo directo y único, la supremacía constitucional”* como determinó la Suprema Corte al resolver la acción de inconstitucionalidad 14/2001³⁰.

2.3.3. Características de las sentencias

A) Suplencia: conforme al primer párrafo del artículo 71 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tiene la obligación de suplir la deficiencia de los conceptos de invalidez planteados por el promovente, así como en la cita de los preceptos invocados, pudiendo fundar su declaratoria de inconstitucionalidad en la violación de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el escrito inicial, toda vez que la acción de inconstitucionalidad es una petición que hace algún sujeto legitimado por la misma norma constitucional, sin que tenga que resentir agravio alguno, para que el Máximo Tribunal realice un análisis abstracto de la norma y determinar si viola o no la constitución, *“de ahí que independientemente de que los conceptos de invalidez sean o no razonamientos cabales tendientes a demostrar la inconstitucionalidad material o formal de una ley, basta el simple planteamiento de inconstitucionalidad, aunque sea deficiente, para que este Alto Tribunal proceda a su análisis”*, como se dice en la jurisprudencia emanada de la acción de inconstitucionalidad 4/97³¹.

El alcance de la suplencia antes citada, no se restringe a la corrección de los errores que se adviertan en la cita de los preceptos invocados y a suplir los conceptos de invalidez planteados en la demanda y poder fundar la declaratoria de inconstitucionalidad en la violación de cualquier precepto constitucional aún y cuando no haya sido invocado en el escrito inicial, sino que, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la acción de inconstitucionalidad 1/2006³², estimó que *“por mayoría de razón*

30 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIV, Septiembre de 2001, Tesis P./J. 98/2001, Página 823, Rubro “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EL PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA TIENE LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR MEDIANTE ELLA, LEYES FEDERALES, LOCALES O DEL DISTRITO FEDERAL, ASÍ COMO TRATADOS INTERNACIONALES”.*

31 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXI, Mayo de 2005, Tesis P./J. 30/2005, Página 783, Rubro “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SI EN LA DEMANDA SE EXPRESAN DEFICIENTEMENTE LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ, LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DEBE SUPLIR LA QUEJA DEFICIENTE”.*

32 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIV, Agosto de 2006, Página 1157, Tesis P./J. 96/2006, Rubro “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LA SUPLENCIA DE LOS CONCEPTOS*

*ha de entenderse que aun ante la ausencia de exposición respecto de alguna infracción constitucional, este Alto Tribunal está en aptitud legal de ponerla al descubierto y desarrollarla, ya que no hay mayor suplicia que la que se otorga aun ante la carencia absoluta de argumentos, que es justamente el sistema que establece el primer párrafo del artículo 71 citado, porque con este proceder solamente se salvaguardará el orden constitucional que pretende restaurar a través de esta vía, no únicamente cuando haya sido deficiente lo planteado en la demanda sino también en el supuesto en que este Tribunal Pleno encuentre que por un distinto motivo, ni siquiera previsto por quien instó la acción, la norma legal enjuiciada es violatoria de alguna disposición de la Constitución Federal”, precisándose en la misma tesis, que el hecho de que venga una declaratoria de validez, no implica darle una especie de inmunidad a la norma “*toda vez que ese reconocimiento del apego de una ley a la Constitución Federal no implica la inatacabilidad de aquélla, sino únicamente que este Alto Tribunal, de momento, no encontró razones suficientes para demostrar su inconstitucionalidad*”.*

B) Votación: en el párrafo final de la fracción II del artículo 105 constitucional, se dice expresamente que *“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”*, situación que es ratificada en el artículo 72 de la ley adjetiva que regula la acción de inconstitucionalidad, en el que se agrega la precisión de que *“si no se aprobaran por la mayoría indicada, el Tribunal Pleno desestimaré la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto”*.

De lo anterior, se desprende que la mayoría calificada requerida no es solamente para que se declare la invalidez de la norma, sino para la procedencia misma de la acción de inconstitucionalidad, puesto que de no existir dicha mayoría, aún y cuando se hayan manifestado seis o siete de los ministros de la Suprema Corte por la procedencia de la acción de inconstitucionalidad, considerando que debe declararse la invalidez de la norma impugnada, al no reunir por lo menos ocho votos, *“debe hacerse la declaración plenaria de la desestimación de la acción y ordenar el archivo del asunto, en un punto resolutivo de la sentencia, y además en este supuesto, de acuerdo al sistema judicial, si bien no existirá pronunciamiento sobre el tema de inconstitucionalidad, sí podrán redactarse votos por los Ministros de la mayoría no calificada y por los de la minoría, en los que den los argumentos que respaldaron su opinión”*, como se dijo en la jurisprudencia

emanada de la acción de inconstitucionalidad 10/2000³³ y se abundó en la ejecutoria que dio origen a la misma, exponiéndose al respecto que toda ley emanada de un órgano legislativo tiene la presunción de ajustarse al orden constitucional por haberse aprobado por la mayoría de dicho cuerpo legislativo. Asimismo, el que una minoría de legisladores (treinta y tres por ciento por lo menos) considere que se violentó la constitución con dicha norma y entonces haya promovido la acción de inconstitucionalidad, implica que necesariamente una mayoría calificada de ministros de la Corte, pueda declarar dicha inconstitucionalidad.

“Como se ve –se lee en la sentencia de la Suprema Corte antes referida-, la lógica del sistema no se limita a la declaración de constitucionalidad por simple mayoría, de inconstitucionalidad por mayoría calificada o de insubsistencia de la acción cuando no se llega a la misma, sino que ello comprende las consideraciones en que se sustenten las conclusiones. Si se coincide con la constitucionalidad a que llegó la mayoría del cuerpo legislativo, y según sea la votación, simple o calificada, habrá el respaldo jurídico al mismo en una tesis aislada o jurisprudencial del Órgano Supremo técnico-jurídico, encargado constitucionalmente de velar por el respeto al orden emanado de la Constitución. En cambio, si existiendo mayoría, pero menos de ocho votos en el sentido de que la norma es inconstitucional, sólo se dará la declaración plenaria de la insubsistencia de la acción sin ningún respaldo de tesis jurídica ni en cuanto a la constitucionalidad a la que implícitamente se llega, al respetarse la validez de la norma impugnada por aplicación de una regla técnica que salvaguarda la presunción respectiva en cuanto a que el órgano legislativo se ajustó a la Constitución”.

C) Efectos: las sentencias dictadas en una acción de inconstitucionalidad, en la que se decreta la invalidez de la norma (desde luego habiendo cumplido con la votación calificada requerida), tendrán efectos generales en todos los casos, sin excepción, lo que significa que dicha ley o tratado perderá toda su eficacia sin las restricciones que existen en la controversia constitucional, en donde dependerá de quiénes fueron los sujetos que intervinieron en el juicio.

33 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XV, Febrero de 2002, Tesis P./J. 15/2002, Página 419, Rubro “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EN EL CASO DE UNA RESOLUCIÓN MAYORITARIA EN EL SENTIDO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA IMPUGNADA, QUE NO SEA APROBADA POR LA MAYORÍA CALIFICADA DE CUANDO MENOS OCHO VOTOS EXIGIDA POR EL ARTÍCULO 105, FRACCIÓN II, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, LA DECLARATORIA DE QUE SE DESESTIMA LA ACCIÓN Y SE ORDENA EL ARCHIVO DEL ASUNTO DEBE HACERSE EN UN PUNTO RESOLUTIVO.*

Asimismo, dado que en la fracción IV del artículo 41, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución, se dice que la declaratoria de invalidez deberá de extenderse “a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada”, el Pleno de la Corte ha interpretado esa prescripción, en el sentido de que tales efectos se producirán sin importar la jerarquía de la norma combatida y la relacionada y, desde luego, aún y cuando ésta última no se haya impugnado, dado el vínculo indisoluble que debe existir entre ambas. Lo anterior -afirma el Máximo Tribunal del país-, no implica que “esté obligado a analizar exhaustivamente todos los ordenamientos legales relacionados con la norma declarada inválida y desentrañar el sentido de sus disposiciones, a fin de determinar las normas a las que puedan hacerse extensivos los efectos de tal declaración de invalidez, sino que la relación de dependencia entre las normas combatidas y sus relacionadas debe ser clara y se advierta del estudio de la problemática planteada.”³⁴

D) Jurisprudencia: finalmente, tenemos que así como en las controversias constitucionales, las razones expuestas en los considerandos de las sentencias constituyen jurisprudencia obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales del país, también tratándose de acciones de inconstitucionalidad dichos razonamientos constituyen jurisprudencia, destacándose nuevamente que sólo podrán tener ese carácter las decisiones que se tomen por mayoría de ocho votos, requisito que en las acciones de inconstitucionalidad, como vimos, es necesario incluso para que exista un pronunciamiento de invalidez de la norma impugnada, en términos del artículo 43 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de nuestra Carta Magna.

2.4. JUICIO DE AMPARO³⁵

2.4.1. Introducción

En el artículo 103 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se prevé expresamente que “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

³⁴ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, Febrero de 2006, Página 1169, Tesis P./J. 32/2006, Rubro “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INVALIDEZ DE UNA NORMA GENERAL A OTRAS QUE, AUNQUE NO HAYAN SIDO IMPUGNADAS, SEAN DEPENDIENTES DE AQUÉLLA.”*

³⁵ Véase FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Vicente, *El juicio de amparo en la jurisprudencia*, Porrúa, México, 2007.

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”. Dicho texto es reiterado literalmente en el artículo primero de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de donde se desprende la procedencia genérica del juicio de amparo como un medio jurisdiccional de control de la constitucionalidad de actos y leyes, como en el caso de la controversia constitucional, solo que ahora se requiere también que dichos actos o leyes violen necesariamente garantías individuales, de tal manera que dicho medio de control se instituyó para la protección del gobernado y no para los órganos del Estado que precisamente podrán hacer valer la controversia constitucional.

Las tres fracciones citadas tal y como existen actualmente, obedecen a una necesidad de precisión que no deje lugar a dudas la posibilidad de impugnar leyes, así como los actos que vulneren o invadan esferas competenciales entre los diferentes niveles de gobierno. Sin embargo, para que proceda el juicio de amparo, dada su naturaleza protectora de las garantías individuales del gobernado, bastaría con la expresión de que procede contra actos de autoridades que violen precisamente garantías individuales, toda vez que las leyes son en estricto sentido también actos, simplemente que de naturaleza legislativa ya sea en sentido formal o material, es decir, que sean actos de órganos legislativos o de la administración pública, ya que en dicho concepto de leyes, atendiendo al texto de la fracción I del artículo 114 de la Ley de Amparo, caben todas las normas generales, es decir, aquellas que emanan del Congreso de la Unión, de las legislaturas de los estados, de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; los reglamentos expedidos por el Presidente de la República, y los gobernadores del estados; desde luego los tratados internacionales y “otros reglamentos, decretos o acuerdos de observancia general”, como se dice en dicho precepto.

Ahora bien, las fracciones II y III antes referidas, al incluir supuestos de invasión de esferas o competencias, también caben en el supuesto genérico de actos que violen garantías individuales, toda vez que como sabemos, conforme al párrafo primero del artículo 16 de nuestra Carta Magna, todo acto de autoridad debe ser expedido por autoridad competente, de tal manera que los casos a que se refieren las fracciones en comento, entrañan la violación a la garantía prevista en el indicado artículo 16, sin necesidad de una determinación expresa como se hizo.

Por ahora, diríamos que el elemento en común que tienen los medios de control de la constitucionalidad (controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad y juicio de amparo), es que en los tres es posible impugnar leyes en sentido formal, es decir, las que emanan de órganos legislativos, así como tratados internacionales, precisándose que solamente en la controversia constitucional y el juicio de amparo procede la impugnación de cualquier norma general, sin importar el órgano que la haya expedido (leyes en sentido material) y, de igual manera, que en esas dos vías, es requisito de procedencia, entre otros, que la norma general o el acto hayan causado un agravio, mientras que en la acción de inconstitucionalidad no es requerido para su procedencia.

2.4.2. Reglas de procedencia

Las reglas de procedencia del juicio de amparo para controvertir un tratado internacional son las aplicables al amparo contra normas generales y son las siguientes:

Uno de los requisitos esenciales es el agravio personal y directo. Para que el gobernado pueda cuestionar un tratado internacional, éste último debe afectar en su esfera jurídica, lesionando un derecho subjetivo que es lo que conocemos como interés jurídico. En el caso de las normas generales como lo es el tratado internacional, dicha afectación o agravio a los derechos del quejoso puede darse desde el momento en el que entra en vigor (normas autoaplicativas) o bien una vez que se aplica dicha norma o tratado internacional al gobernado (heteroaplicativas).

La misma fracción I del artículo 114 de la Ley de Amparo, hace hincapié en que el juicio de amparo permite impugnar tanto las normas generales heteroaplicativas como la autoaplicativas, es decir, aquellas que por su sola entrada en vigor causan agravio o las que requieren acto de aplicación, tema que pareciera ser muy simple pero que en la práctica vemos que no lo es tanto, en casos específicos en los que no resulta del todo claro si estamos en presencia de una ley autoaplicativa o bien si se trata de una norma heteroaplicativa. Al respecto, es pertinente acudir a lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación denominó el “*concepto de individualización incondicionada*”, según el cual

“la condición consiste en la realización del acto necesario para que la ley adquiera individualización, que bien puede revestir el carácter de administrativo o jurisdiccional, e incluso comprende al acto jurídico emanado de la voluntad del propio particular y al hecho jurídico, ajeno a la voluntad humana, que lo sitúan dentro de la hipótesis legal. De esta manera, cuando las

obligaciones derivadas de la ley nacen con ella misma, independientemente de que no se actualice condición alguna, se estará en presencia de una ley autoaplicativa o de individualización incondicionada; en cambio, cuando las obligaciones de hacer o de no hacer que impone la ley, no surgen en forma automática con su sola entrada en vigor, sino que se requiere para actualizar el perjuicio de un acto diverso que condicione su aplicación, se tratará de una disposición heteroaplicativa o de individualización condicionada, pues la aplicación jurídica o material de la norma, en un caso concreto, se halla sometida a la realización de ese evento”³⁶.

Desde luego, sabemos que la importancia de determinar si se está impugnando una norma autoaplicativa o heteroaplicativa, tiene como principal repercusión la oportunidad para hacerlo, toda vez que las autoaplicativas deberán impugnarse en un plazo de treinta días contados a partir de su inicio de vigencia, mientras que las heteroaplicativas lo serán en el plazo ordinario de quince días contados a partir de que se dio el primer acto de aplicación. Ahora bien, tan no es sencillo muchas veces concluir de manera incontrovertible cuándo estamos en presencia de una norma autoaplicativa, que para impugnarlas existe una segunda oportunidad, de tal manera que si la ley es autoaplicativa y no se impugnó dentro de los treinta días a partir de su entrada en vigencia, será posible hacerlo dentro de los quince días contados a partir de que se actualice el primer acto de aplicación, impidiendo así que el derecho que tienen los gobernados para impugnar una norma general que se estima violatoria de garantías individuales, quede nulificado por cuestiones demasiado técnicas como pudiera ser la determinación de su autoaplicabilidad o la necesidad de un acto de aplicación.

Bajo estas premisas, tenemos que un tratado internacional es impugnabile desde que entra en vigor, si al hacerlo causa agravio al quejoso, quien tendrá treinta días para interponer el juicio de amparo en la vía indirecta. De no ser así, se podrá impugnar dicho tratado en la misma vía, en un plazo de quince días contados a partir del día siguiente en que surtió efectos la notificación del acto de aplicación del tratado internacional.

Finalmente, por lo que a la procedencia se refiere, cuando el tratado internacional se aplicó en un juicio, su cuestionamiento puede efectuarse en los conceptos de violación que se hagan valer en el juicio de amparo directo que se promueva en contra de la sentencia definitiva.

³⁶ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VI, Julio de 1997, Tesis P./J. 55/97, Página 5, Rubro “LEYES AUTOAPLICATIVAS Y HETEROAPLICATIVAS. DISTINCIÓN BASADA EN EL CONCEPTO DE INDIVIDUALIZACIÓN INCONDICIONADA”.*

2.4.3. Las sentencias de amparo

¿Quién puede declarar inconstitucional un tratado internacional? En tratándose de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, corresponde de manera privativa a la Suprema Corte de Justicia de la Nación el conocerlas y resolverlas. En el caso del juicio de amparo, cuando se impugna el tratado internacional en la vía indirecta, conocerá un juez de distrito, por lo que será éste el que podrá declararlo inconstitucional, si bien dicha resolución es recurrible en revisión, recurso del que conocerá la Suprema Corte (si lo que se impugnó fue una ley federal o un tratado internacional, pues de otra manera lo resolverá un Tribunal Colegiado de Circuito).

Ahora bien, en los juicios de amparo hay tres tipos de sentencias, según el sentido de las mismas: las de sobreseimiento, que no resuelven el fondo porque hubo algo que lo impidió (causales de improcedencia); las que sí entran al fondo y determinan si el acto reclamado violó o no garantías individuales y, por ello, niegan o conceden el amparo solicitado.

Una vez que se llega a este punto del juicio, lo primero que debe verificar el juzgador es si existe o no el acto reclamado, porque de no demostrarse su existencia, se deberá sobreseer debido a que no habrá sobre qué hacer pronunciamiento de constitucionalidad. De quedar plenamente demostrada la existencia del acto reclamado o la presunción de serlo, por no haber rendido el informe justificado la autoridad responsable, enseguida se analizarán las constancias para verificar si se actualiza o no alguna causa de improcedencia, ya sea de las invocadas por las partes o alguna que observe oficiosamente el juez de amparo.

Si el acto existe y no hay causales de improcedencia, se pasará al estudio del fondo del asunto a fin de verificar si el acto reclamado es o no contrario a la constitución. En esta parte, sale a la luz la discusión de si los argumentos vertidos por la autoridad responsable, tendentes a demostrar la constitucionalidad de su acto, deben o no ser analizados por el Juez de Distrito. Sobre este tema, la Segunda Sala del Máximo Tribunal del país, ha sustentado jurisprudencia por reiteración, en la que se afirma que

“no existe obligación de referirse necesariamente y de manera expresa a las argumentaciones que con el fin de sostener la constitucionalidad del acto reclamado exponen las autoridades responsables en su informe justificado, por no establecerlo así los artículos 77 y 149, párrafo segundo, de la Ley de Amparo, ya que la litis constitucional se integra con el acto reclamado y la demanda de amparo”,³⁷

³⁷ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, Diciembre de 1999, Tesis 2a./J. 123/99,*

lo que desde luego resulta claro pero no deja de llamar la atención que por más que la responsable haya realizado un gran trabajo en su informe justificado, siempre será analizado el acto reclamado tal cual fue emitido, sin la obligación de que se estudien esas argumentaciones, lo que no impide que así lo haga el juzgador.

Para que el Juez de Distrito decida si concede o niega el amparo solicitado, deberá analizar los conceptos de violación vertidos por el quejoso, los que deberán ser estudiados bajo ciertas reglas, dependiendo del objeto de impugnación. Así, tenemos que en el amparo contra leyes (en el que se incluye a los tratados internacionales), siempre será preferente el estudio de los argumentos vertidos para demostrar la inconstitucionalidad de la norma y, solamente en el supuesto de que se haya negado el amparo por estimarla apegada al texto constitucional o se haya sobreesido respecto de dicho acto, de haberse combatido el acto de aplicación por vicios propios, se analizarán tales conceptos de violación, de ahí que en los casos en los que el Juez de Distrito estudie primero las impugnaciones dirigidas a combatir el acto y no lo haga con las relativas a la ley, el tribunal de alzada en la revisión deberá revocar la sentencia procediendo a estudiar los conceptos de violación preferentes, esto es, los dirigidos contra la ley. En estos términos se ha emitido jurisprudencia por reiteración de criterios, por parte de la Segunda Sala de la Suprema Corte.³⁸

Cuando deba concederse el amparo por resultar la norma reclamada inconstitucional, la consecuencia es que tiene efectos hacia el futuro, es decir, ni la autoridad responsable en el juicio ni cualquiera otra podrá aplicarle al quejoso esa ley o tratado, además de que el acto de aplicación seguirá la misma suerte de inconstitucionalidad y, por ejemplo, cuando se haya impugnado alguna contribución ya pagada, la responsable deberá reintegrarle al quejoso lo efectivamente cubierto bajo la ley declarada inconstitucional.

Asimismo, se ha discutido y criticado lo que se ha llamado “amparo para efectos” -que no es privativo del amparo en la vía directa-, porque se considera muchas veces que no se resuelve el conflicto sino solamente se le retrasa. Aún y cuando la Ley de Amparo no refiere la existencia de un amparo para efectos en términos estrictos, es inconcuso que la concesión

Página 190, Rubro “INFORME JUSTIFICADO. EL JUZGADOR DE GARANTÍAS NO ESTÁ OBLIGADO A RESPONDER LOS ARGUMENTOS EN QUE AQUÉL SOSTIENE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO RECLAMADO.”

38 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XII, Agosto de 2000, Tesis 2a./J. 71/2000, Página 235, Rubro “LEYES, AMPARO CONTRA. REGLAS PARA SU ESTUDIO CUANDO SE PROMUEVE CON MOTIVO DE UN ACTO DE APLICACIÓN.”

del amparo deberá precisar cuál es el alcance del mismo, es decir, a qué se condena a la autoridad responsable para que proceda al debido cumplimiento, y es precisamente ese alcance lo que se ha dado por llamar efectos del amparo, que podrán implicar una reposición de un procedimiento o la concesión lisa y llana, es decir, que no habrá reposición alguna.

Asimismo, si se parte de la idea de que el amparo indirecto y el directo tienen naturaleza jurídica diferente, no cabe duda que sus sentencias también deberán atender a criterios distintos. De la revisión que se hace a la ejecutoria dictada por el Pleno del Máximo Tribunal, al resolver por unanimidad la contradicción de tesis 37/2003³⁹, presentada entre las dos Salas de la Corte, se observa que la intención fue precisamente dejar claras esas diferencias y precisar las reglas a seguir para el dictado de las sentencias en amparo directo, tratando de terminar con reglas que muchas veces propician un retardo en la impartición de justicia.

En la citada ejecutoria, se dice que en primer término debe analizarse la competencia del Tribunal Colegiado para conocer y resolver del asunto; en segundo lugar, revisar si se actualiza o no alguna causal de improcedencia y, finalmente, estudiar los conceptos de violación. Hasta aquí no hay nada extraordinario. Lo relevante de lo sostenido por el Máximo Tribunal, se refiere precisamente al orden que debe prevalecer en el estudio que deba hacerse de los conceptos de violación, toda vez que es posible que se hayan argumentado cuestiones relativas a violaciones cometidas en el procedimiento, violaciones cometidas en la sentencia definitiva y, además, el reclamo de que se aplicó una ley que se estima inconstitucional.

Para determinar qué estudiar primero, el Pleno de la Corte considera que en primer término deben agruparse los conceptos de violación, para después verificar qué consecuencias traería la concesión del amparo según el tipo de concepto de violación, para finalmente arribar a la conclusión de pronunciarse respecto de aquél que proporcione mayor beneficio al quejoso. De acuerdo a lo anterior, se concluyó que

“el estudio de los conceptos de violación que determinen su concesión debe atender al principio de mayor beneficio, pudiéndose omitir el de aquellos que, aunque resulten fundados, no mejoren lo ya alcanzado

³⁹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXI, Febrero de 2005, Tesis P./J. 3/2005, Página 5, Rubro “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN AMPARO DIRECTO. EL ESTUDIO DE LOS QUE DETERMINEN SU CONCESIÓN DEBE ATENDER AL PRINCIPIO DE MAYOR BENEFICIO, PUDIÉNDOSE OMITIR EL DE AQUELLOS QUE AUNQUE RESULTEN FUNDADOS, NO MEJOREN LO YA ALCANZADO POR EL QUEJOSO, INCLUSIVE LOS QUE SE REFIEREN A CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES.”*

por el quejoso, inclusive los que se refieren a constitucionalidad de leyes. Por tanto, deberá quedar al prudente arbitrio del órgano de control constitucional determinar la preeminencia en el estudio de los conceptos de violación, atendiendo a la consecuencia que para el quejoso tuviera el que se declararan fundados.”

Finalmente, es imperativo destacar las diferencias en las consecuencias que la sentencia dictada en un amparo directo trae respecto de un amparo en la vía indirecta, sobre todo cuando se combatió una ley o tratado internacional.

Como ya se dijo, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 37/2003, precisó con toda claridad cuáles son esas diferencias, las que fueron publicadas como tesis que no obstante no ser jurisprudencia por no resolver el tema planteado en la contradicción, sí son ilustrativas y despejan muchas dudas y que precisamente por su relevancia se transcriben de manera íntegra a continuación:

“a) En el amparo indirecto la ley es uno de los actos reclamados y las autoridades legisladoras participan en el juicio como autoridades responsables, mientras que en el amparo directo la ley no puede constituir un acto reclamado ni se emplaza como autoridades responsables a sus autores; b) En la vía indirecta el amparo concedido contra la ley produce la consecuencia práctica de invalidarla por cuanto hace al quejoso, por ende, no se le aplicará mientras esté vigente; en tanto que en la vía directa el amparo se concede única y exclusivamente en contra de la sentencia, laudo o resolución reclamada y no contra la ley, por tanto, la concesión solamente vincula a desaplicar la ley en ese caso concreto, pero no impide que se le vuelva a aplicar al quejoso; c) En el amparo indirecto pueden rendirse pruebas para demostrar la inconstitucionalidad de la ley, mientras que en la vía directa no existe tal posibilidad, aun cuando el quejoso pueda apoyarse en las pruebas ofrecidas ante la responsable para demostrar tal inconstitucionalidad; d) En el amparo indirecto promovido sin agotar antes algún medio de defensa ordinario, el Juez de Distrito tiene amplias facultades para determinar la improcedencia del juicio; en cambio, en el amparo directo (y en aquellos amparos indirectos promovidos después de haberse agotado un medio ordinario de defensa) deben respetarse los presupuestos procesales que ya estén determinados por la autoridad responsable, tales como el interés jurídico, la legitimación, la personalidad, etcétera; e) En el amparo indirecto los Tribunales Colegiados de Circuito, a partir de las reformas constitucionales de 1994 y 1999, así como de la expedición de diversos Acuerdos Generales emitidos por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como el 5/2001, participan como órganos de segunda instancia en virtud de la delegación de competencia que les hace este Alto Tribunal, conforme a la cual, en determinadas condiciones, resolverán sobre el fondo del asunto y sus decisiones serán

terminales; por su parte, en el amparo directo esos órganos son de primera instancia y sus sentencias también son revisables por la Suprema Corte, solamente en la materia de constitucionalidad de leyes o interpretación directa de la Carta Magna; f) En el amparo indirecto sólo pueden interponer revisión, en defensa de la constitucionalidad de la ley, los titulares de los órganos de Estado a quienes se encomiende su promulgación, o quienes la representen, en tanto que en el amparo directo, como ya se dijo, no participan los órganos legiferantes y, por ende, no son ellos quienes pueden interponer la revisión; en cambio, en muchos casos, la autoridad que aplicó la ley figura como tercero perjudicado y puede, con ese carácter, hacer valer dicho recurso; y, g) En el amparo indirecto el Juez de Distrito resuelve sobre la suspensión de los actos reclamados, mientras que en el directo esa decisión le corresponde a la autoridad responsable.”⁴⁰

3. CONSIDERACIONES FINALES

En los apartados anteriores se han expuesto someramente los tres medios posibles de impugnación de un tratado internacional en nuestro derecho interno, por lo que debe dejarse asentado que no se han abordado las cuestiones relativas al derecho internacional.

Asimismo, podemos llegar a concluir que existe la posibilidad real de controvertir un tratado internacional, alegando su posible inconstitucionalidad, desde varios puntos de partida, dependiendo del sujeto que pretende hacer valer el medio de impugnación:

Los particulares lo pueden hacer cuando el tratado internacional les cause agravio, ya sea desde que entra en vigor (normas autoaplicativas) o por virtud del primer acto de aplicación (normas heteroaplicativas) y, en caso de que dicho tratado sea declarado inconstitucional, el efecto será relativo al quejoso, es decir, solamente al que promovió el amparo le beneficiará la sentencia y a él solamente se le dejará de aplicar el tratado internacional.

Por su parte, los órganos originarios del Estado, es decir, aquellos que han sido creados en la constitución y ahí encuentran su ámbito de atribuciones, cuando resientan un agravio con el tratado internacional podrán cuestionarlo en controversia constitucional y, en el supuesto de que sea declarado inconstitucional, dicha declaración podrá tener efectos generales, si quien lo impugna tiene su ámbito de atribuciones en todo el país, porque de otra manera los efectos serán relativos; por ejemplo,

⁴⁰ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXI, Marzo de 2005, Tesis P. VIII/2005, Página 5, Rubro “AMPARO CONTRA LEYES. SUS DIFERENCIAS CUANDO SE TRAMITA EN LAS VÍAS INDIRECTA Y DIRECTA.”*

si la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión fuera el actor y se declara inconstitucional el tratado internacional, éste dejará de aplicarse en todo el país; por el contrario, si el promovente fuera una Municipio y se determinara la inconstitucionalidad del tratado, dicha declaración recaería solamente en el municipio actor y seguiría aplicándose en todos los demás.

Finalmente, en la acción de inconstitucionalidad, queda la posibilidad de que el 33% de los integrantes del Senado o el Procurador General de la República puedan cuestionar al tratado internacional, tildándolo de inconstitucional, sin que el agravio sea requisito para ello. En esta vía, si se declarase inconstitucional el tratado será inválido en todo el país.

No obstante existir los tres medios posibles de impugnación de un tratado internacional lo cierto es que ni en controversia constitucional ni en acción de inconstitucionalidad se ha controvertido algún tratado internacional tildándolo de inconstitucional. A lo mucho, tenemos el precedente de la controversia constitucional 33/2002,⁴¹ promovida por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, en la que

“Se controvierte la constitucionalidad de la reserva al artículo IX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas adoptada por el Gobierno mexicano, que forma parte del Decreto por el que se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro”

y que fue declarada infundada al no causar agravio al Gobierno del Distrito Federal.

Asimismo, en materia de amparo si bien hay precedentes de impugnaciones a tratados internacionales, sobre todo en materia de extradición,⁴² en ninguno de ellos se ha llegado a declarar su inconstitucionalidad⁴³, de tal manera que aún y cuando representa una

41 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XX, Septiembre de 2004, Página 1121, Tesis P./J. 86/2004, Rubro “DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. LA RESERVA EXPRESA FORMULADA POR EL GOBIERNO MEXICANO AL ARTÍCULO IX DE LA CONVENCION INTERAMERICANA DE BELÉM, BRASIL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 6 DE MAYO DE 2002, NO CAUSA AFECTACION ALGUNA AL DISTRITO FEDERAL”.*

42 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVII, Junio de 2003, Página 5, Tesis P.I/2003, Rubro “EXTRADICIÓN. EL TRATADO INTERNACIONAL DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1978 CELEBRADO POR LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y EL REINO DE ESPAÑA Y SU PROTOCOLO MODIFICATORIO, NO VIOLAN LOS ARTÍCULOS 16 Y 19 CONSTITUCIONALES.”*

43 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XII, Octubre de 2000, Página 37, Tesis P.CLXXI/2000, Rubro “EXTRADICIÓN. EL ARTÍCULO 17 DEL TRATADO INTERNACIONAL*

posibilidad real la impugnación de un tratado internacional y su consecuente desaplicación en nuestro derecho interno, con las consecuencias que ello acarrearía al Estado Mexicano ante la comunidad internacional, lo cierto es que hasta ahora no ha pasado de ser una mera posibilidad, pero que bien vale la pena detenerse a reflexionar y a resolver de una vez tanto el tema de la posición que guardan los tratados internacionales respecto de nuestra constitución como su probable impugnación en nuestro derecho interno.

RELATIVO, CELEBRADO ENTRE MÉXICO Y LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA EL CUATRO DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO, QUE PERMITE QUE DURANTE EL PROCEDIMIENTO RESPECTIVO VARÍE LA CLASIFICACIÓN DEL DELITO POR EL CUAL EL RECLAMADO FUE EXTRADITADO, NO VIOLA EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL."

VI

DERECHO DE ANTENA COMO UN INSTRUMENTO DE INCLUSIÓN SOCIAL: MATERIALIZANDO UN DERECHO FUNDAMENTAL EN LA INTERNET

Sérgio Tibiriçá Amaral

Doutorando em Direitos Fundamentais e Inclusão Social pela Instituição Toledo de Ensino – ITE de Bauru. Mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino – ITE de Bauru e em Direito das Relações Sociais pela UNIMAR. Especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público-SP. Coordenador da Faculdade de Direito de Presidente Prudente / FDPP da Associação Educacional Toledo e professor titular da disciplina de Teoria Geral do Estado da FDPP. E-mail: sergio@unitoledo.br .

Antonio Celso Baeta Minhoto

Doutor em Direitos Fundamentais e Inclusão Social pela Instituição Toledo de Ensino – ITE de Bauru; Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Professor Titular de Teoria Geral do Direito Público, Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado e Ciência Política na Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS); Advogado; Autor de obras jurídicas. E-mail : antonio@baetaminhoto.com.br

SUMARIO

1. Introdução, 2. O direito de antena, 3. O caráter democrático e fundamental do direito de antena, 4. O direito positivo de informar na internet, 5. Conclusão: por uma concreta aplicação do direito de antena, 6. Referências

RESUMO

o direito de antena vem, ao longo da história e especialmente atualmente, adquirindo especial relevo. Originalmente afeto ao campo político-partidário, hoje já é visto como um instrumento importante de efetividade do direito à informação, direito à manifestação do pensamento e à divulgação das idéias. Com efeito, numa sociedade multifacetada e com interesses difusos de origens e formas bastante variadas, como é o caso da maioria das sociedades contemporâneas e também é o caso do Brasil, o direito de antena mostra-se como uma possibilidade concreta de inclusão social e valorização de variados grupos, especialmente os mais vulneráveis, como, por exemplo, as minorias. Com a Internet surge um novo direito positivo de informar bastante amplo e ainda sem limites, que não substitui os demais veículos de comunicação, televisão e rádios, mas serve como alternativa.

PALAVRAS-CHAVE :

direito de antena; direito de informação; manifestação do pensamento; inclusão social; direitos fundamentais; internet.

RESUMEN:

el derecho de antena viene, al largo de la historia y especialmente actualmente, obteniendo un grand papel. Originalmente relacionado al campo politico-partidário, hoy ya es visto hoje como un instrumento importante de efectividad del derecho a la información, derecho a la manifestación del pensamiento y a la divulgación de las ideas. Con efecto, en una sociedad multifacética y com intereses difusos de origenes y formas bastante variadas, como es el caso de la mayoría de las sociedades contemporaneas, incluso Brasil, el derecho de antena si muestra como una posibilidad concreta de inclusión social y recuperación de variados grupos, especialmente los más vulnerables, como, por exemplo, las minorias. Con la internet, surge un nuevo derecho positivo de informar bastante amplio y aun sín limites, que, sin embargo, no reemplaza los otros vehiculos de comunicación, televisión y radios, pero sirve como alternativa.

PALABRAS-CLAVE:

Derecho de antena; derecho a la información; manifestación del pensamiento; inclusión social; derechos fundamentales, internet

ABSTRACT :

the antenna right comes, throughout history and specially today, acquiring special relief. Become, originally, from the politician-partisan area, today already is seen as an important instrument of effectiveness of the information right, the thought manifestation right and the ideas spreading. In this way, in a multifaceted society with diffuse interests of origins and forms sufficiently varied, as it is the case of the majority of the contemporaries societies, including the brazilian society, the antenna right reveals it self as a concrete possibility of social inclusion and valuation of varied groups, especially most vulnerable, as, for example, the minorities.

KEY-WORDS :

antenna right; information right, thought manifestation; social inclusion; fundamental rights

1. INTRODUÇÃO

Buscamos no presente estudo a análise de um instituto, o direito de antena, já bem conhecido entre nós. Registre-se, no entanto, que esse conhecimento não significa ser sua utilização realizada da forma mais indicada e nem na extensão desejável.

A forma de exposição será, basicamente, uma análise mais técnica do instituto do direito de antena e, numa segunda parte, um cruzamento lógico ou intelectual entre este instrumento e sua potencial utilização como meio de inclusão social. O tópico final aborda a Internet como um novo e poderoso veículo de comunicação de massa que pode suprir algumas das deficiências que ocorrem nas emissoras de rádio e de televisão brasileiras. No entanto, as emissoras de rádio e televisão também deveriam abrir espaços nas suas grades para tornar possível o direito positivo de informar.

2. O DIREITO DE ANTENA

O direito de antena, numa conceituação bastante sucinta e objetiva, é, basicamente, a concessão, pelo poder público, do uso de uma certa frequência

sonora e televisiva por certos e determinados grupos ou atores sociais para a veiculação de idéias, informações e comunicação de um modo geral.

O direito positivo de informar é bastante incipiente no Brasil, principalmente nas emissoras de televisão, que são concessões ou permissões e deveriam cumprir uma função social de dar espaço às minorias, aos grupos organizados e à sociedade de uma maneira geral. Muito embora o tema esteja tratado em diplomas legais como a chamada Lei da TV a Cabo, bem como na Lei nº 9.612/98, a concreta aplicação de tais previsões é ainda tímida quando não tormentosa.

O problema está relacionado com as emissoras de rádio e televisão, que não proporcionam esse direito positivo de informar. A resposta para a timidez pode estar nos termos utilizados pelo legislador originário brasileiro numa comparação aos outros países. Por isso, não há uma democratização dos meios de comunicação.

A Constituição Portuguesa, de 1976, foi provavelmente o primeiro documento de *status* constitucional a tratar do tema do direito de antena e o fez, por seu turno, com sua inclusão tópica no capítulo dos direitos fundamentais. Vejamos :

PARTE I - Direitos e deveres fundamentais

TÍTULO II - Direitos, liberdades e garantias

Artigo 40º - (Direito de antena)

1. Os partidos políticos e as organizações sindicais e profissionais terão direito a tempos de antena na rádio e na televisão, de acordo com a sua representatividade e segundo critérios a definir no estatuto da informação.

2. Nos períodos eleitorais os partidos políticos concorrentes têm direito a tempos de antena regulares e equitativos.

No Brasil, especialmente no meio doutrinário, se diz ser o direito de antena plenamente abonado em nosso sistema jurídico-normativo, contudo, e ao revés do exemplo da constituição portuguesa, o fato é que não há na Constituição Federal de 1988 qualquer menção expressa ao instituto em foco.

O que se faz é uma leitura conjunta de alguns dispositivos constitucionais (arts. 5º, IX e LIV; 215 e 220) que concederiam ares constitucionais ao direito de antena, mas não o tratam de modo direto e objetivo, ficando dependentes de uma interpretação extensiva. Segue :

Art. 5º

.....omissis.....

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Art. 215: o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes de cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e difusão das manifestações culturais.

Art. 220 da Constituição Federal : nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social.

Convém ainda destacar que o artigo 13 do Pacto de San José da Costa Rica, do qual é o Brasil signatário, o que foi plenamente ratificado pelo Decreto 678, de 1992, previu de modo mais aproximado ao da constituição portuguesa a questão do uso de frequências elétricas e de rádio como meio de expressão social, comunitária e com claro viés de direito fundamental.

Segue o item 3 do artigo em apreço, cujo conteúdo é voltado especificamente para o tema debatido aqui e a proteção à sua fruição, sem qualquer embaraço ou restrição oficial de cunho preliminar :

Art. 13. Liberdade de pensamento e de expressão

.....omissis.....

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências rádio-elétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

As diferenças ficam patentes na comparação da legislação brasileira com a Lei Fundamental de Bonn, a Constituição Portuguesa, a Constituição Espanhola, bem como com Constituição da Itália. A Constituição Alemã estabelece o

“direito de se informar, sem impedimento, em fontes abertas a todos (...) e a liberdade de informação pela rádio, pela televisão e pelo cinema” (artigo 5.º, n.º 1, da GG).

No caso espanhol, artigo 20, nº 1, alínea “d” há a prescrição do

“direito de comunicar ou receber livremente informação verídica por qualquer meio de difusão”. Nos dois casos, alemão e espanhol faz-se, respectivamente, uma referência expressa aos meios de forma genérica, o que não ocorre no Brasil.

A Constituição de Portugal, diz-se no artigo 37, nº 1 :

“todos têm direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações”.

Não se encontra na Lei Maior lusitana, no entanto, qualquer menção aos meios de consecução do direito previsto, embora os doutrinadores portugueses reconheçam a ampla e efetiva presença desse direito positivo de informar.

Não se estatuíram, de outra banda, quaisquer limites expressos abordando-se impedimentos e discriminações. Todavia, o direito de antena português traz dispositivos autônomos no art. 38 e no art. 40, nº 1, 2 e 3, que organizam o de direito de antena.

No continente europeu, verificamos que a própria União Européia, no bojo de vários protocolos aprovados em conjunto com o Tratado de Amsterdam, de outubro de 1997, tratou, em um desses documentos, sobre a questão do direito à informação como manifestação básica da democracia e como algo que deve ser tomado de maneira referencial no trato da temática da informação. Vejamos:

PROTOCOLO NO SISTEMA DE TRANSMISSÃO PÚBLICA NOS ESTADOS-MEMBROS (...) o sistema de transmissão pública nos Estados-membros é relativo diretamente às necessidades democráticas, sociais e culturais de cada sociedade e à necessidade de preservar o pluralismo dos meios (...)

A concepção brasileira de direito de antena se molda à concepção italiana, onde o direito de informação não mereceu consagração constitucional no tocante aos meios necessários à sua implementação¹.

¹ *“(...) a formulação portuguesa adequa-se melhor às linhas proposta pela conceitualização italiana (onde o direito de informação não mereceu consagração constitucional) do que àquelas duas formulações positivas e à dogmática – não correctiva – a eles associada. A ponte pode ser feita, no entanto, através do Direito Internacional”* cf. ALEXANDRINO, José Alberto de Melo. *Estatuto Constitucional da Actividade de Televisão*, Coimbra : Coimbra Editora, 1998, p. 115.

No entanto, mesmo a legislação ordinária italiana é mais abrangente que a do Brasil. E, talvez por não ter sido definido na Constituição de 1988 os meios pelos quais seria efetivado, o chamado direito de antena ficou limitado e com pouca aplicação concreta no caso brasileiro.

Conceitualmente, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, comentam que o direito de antena traduz o direito a espaço gratuito nos meios de comunicação para a propagação de idéias, doutrinas e outras mensagens². Maria Helena Diniz³, numa abordagem mais direta, define o chamado direito de antena :

1. Direito à criação de empresas destinadas a difundir mensagens (Espanha e Alemanha).
2. Direito de resposta e de réplica política (Portugal).
3. Direito de captação ou transmissão da comunicação por meio de ondas.

Na constituição brasileira existe apenas um dispositivo, no art. 17, 3º, em que ficam garantidos aos partidos políticos o acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

A regulamentação da propaganda política eleitoral e partidária é da legislação ordinária. Assim, percebemos que, no caso brasileiro, a própria Constituição Federal nos leva a concluir por uma limitação no uso deste direito de acesso à manifestação de idéias através dos meios de comunicação públicos e de massa.

Ainda sobre o aspecto do direito de informar e ser informado, a legislação infraconstitucional estabeleceu, embora ainda de forma bastante acanhada, o direito positivo de informar, através, inicialmente, da Lei nº 8.977/95 e, depois, por meio da Lei nº 9.612/98.

Ainda há que se registrar a necessária abertura de espaço de comunicação na televisão – incluindo a transmissão a cabo – e no rádio⁴, dois meios notoriamente amplos e presentes no mais variados e distantes rincões de um país continental, como é o caso brasileiro⁵.

2 ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo : Saraiva, 2007, p.103.

3 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*, Vol. 2, São Paulo : Saraiva, 2005, p. 150.

4 *As rádios comunitárias estão tratadas, em âmbito legislativo infraconstitucional, pela lei 9612/98, cujo artigo 1º define o que seria exatamente essa figura da comunicação : "Denomina-se Serviço de Radiodifusão Comunitária a radiodifusão sonora, em frequência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita, outorgada a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, com sede na localidade de prestação do serviço".*

5 *Segundo as noções convencionalmente utilizadas, referentes a Convenção Internacional de*

3. O CARÁTER DEMOCRÁTICO E FUNDAMENTAL DO DIREITO DE ANTENA

O direito de informar não consiste em tese, dentro de um Estado Social Democrático de Direito, de algo a ser titularizado nas mãos de um reduzido segmento da sociedade, que teria o privilégio de fazer circular as mensagens, como notícias, doutrinas e críticas, além de propagandas e publicidades.

Esse direito pertence aos leitores, telespectadores e ouvintes. Deveriam também ser estendidos aos grupos organizados, sindicatos, universidades, associações de moradores e outros.

Democraticamente, são direitos da sociedade como um todo. O respeito às minorias, aos hipossuficientes e também aos variados grupos representativos de nossa sociedade passa pela efetivação de um amplo direito de antena.

Carlos Fayt afirma que a liberdade de expressão não pode ser concebida como um monopólio, em mãos de grupos, que fazem circular as notícias e expõe suas opiniões sobre o sucesso que produzem a interação humana.

O autor revela a preocupação com o modelo da Argentina, que como no exemplo do Brasil, não amplia o acesso ao direito de informar⁶. A liberdade de expressão e os direitos de informação pertencem a todos os homens, à sociedade inteira, pois são responsáveis pela formação da opinião pública.

Somente como um amplo acesso aos veículos de comunicação, em especial às emissoras de televisão, tem sentido afirmar que se pode democratizar a informação e a expressão.

Além disso, trata-se de uma garantia de outras liberdades e que deve ser cuidada e defendida por cada um dos cidadãos, como inapreciável bem de cada um e da comunidade⁷.

Telecomunicação de Madri (6 de dezembro de 1932) e de Buenos Aires (22 de dezembro de 1952), por telecomunicação se entende uma emissão, transmissão ou recebimento de sinal, de escrito, de imagem, de som ou de informação de qualquer natureza, pelo fio ou cabo, incluindo os de fibra ótica, bem como outros meios de sistema eletromagnético.

6 FAYT, Carlos S. *La omnipotencia de la prensa. Su juicio de realidad en la jurisprudencia argentina y norteamericana*, Buenos Aires : La Ley, 1994, p. 84.

7 FAYT, *op. cit.*, p. 85.

O raciocínio também vale para a informação, no sentido que a cabe a chamada imprensa fiscalizar as atuações dos servidores públicos e dos eleitos para ocuparem funções igualmente públicas.

Por isso, apesar da legislação constitucional não contemplar de forma ampla, a delimitação do direito positivo de informar tem que se buscar uma interpretação sistemática da Constituição, que vise ampliar o direito de antena, a exemplo do que ocorreu com as rádios comunitárias e nas transmissões via cabo.

Sobre esse último ponto, o das transmissões de sinal televisivo via cabo, convém analisarmos de um modo mais próximo, dada a sua relevância na atualidade e para os fins deste estudo.

Visando a ampliar a participação da sociedade ou, pelo menos, a democratizar o acesso, à televisão, de canais fechados ou pagos, transmitidos através de dois tipos de cabo, o legislador infraconstitucional garantiu o direito positivo de informar, de forma não efetivamente ampla, mas superior aos das emissoras de sinal aberto.

Uma legislação do ano de 1995, denominado Lei da TV a cabo⁸, regula as concessões para as associações comunitárias e fundações que tenham o intuito de explorar os serviços de radiodifusão. Determinou, inclusive, dentro do direito de antena, a criação de três canais gratuitos de uso da comunidade⁹.

Ainda de acordo com a “Lei do Cabo”, as operadoras estão obrigadas a distribuir a programação de canais de VHF e UHF gratuitamente nas cidades onde não existam geradoras. Onde há apenas uma retransmissora, a operadora não é obrigada a transmitir¹⁰.

8 *Lei nº 8.977/95. Art. 2º O serviço de TV a Cabo consiste na distribuição de sinais de vídeo e/ou áudio, mediante transporte por meios físicos. Esses sinais compreendem programas similares de rádio e televisão, mas podem ser também programas que caracterizam outras formas de subserviços.*

9 *Art. 23. A operadora de TV a Cabo, na sua área de prestação do serviço deverá tornar disponíveis canais para as seguintes destinações:*

I – CANAIS BÁSICOS DE UTILIZAÇÃO GRATUITA

.....omissis.....

E) um canal universitário, reservado para uso compartilhado entre as universidades localizadas no município ou municípios da área de prestação do serviço;

F) um canal educativo/cultural, reservado para utilização pelos órgãos que tratam de educação e cultura no Governo Federal e nos governos Estadual e Municipal com jurisdição sobre a área de prestação de serviço;

G) um canal comunitário aberto para utilização livre por entidades não governamentais e sem fins lucrativos

10 *Atualmente, as operadoras pagas transmitem a TV Câmara, a TV Senado, TV Justiça, um outro canal para o legislativo estadual e em algumas cidades, ainda um canal para a Câmara de Vereadores, que não é legalmente exigido das operadoras. São obrigatórios e também devem ser transmitidos um*

O legislador ordinário cumpriu pelo menos nas emissoras de televisão pagas a vontade do constituinte e, como dever, ampliou o direito de acesso aos veículos de comunicação de massa ou massivos¹¹. Várias entidades universitárias e comunitárias foram formadas objetivando assegurar participação nesse tipo de televisão.

Vale ressaltar que, ao destinar um canal para uso universitário, quis o legislador assegurar acesso aos meios de informar, não apenas às universidades, mas também a outras instituições de nível superior, as chamadas faculdades isoladas, faculdades integradas, centros universitários e outras entidades de ensino nessa hierarquia.

A finalidade foi garantir um espaço, para mostrar não apenas a produção científica e intelectual como também garantir a divulgação de serviços de extensão destinados à comunidade.

Ao tratar, no art. 23 do Capítulo V “Da Operação do Serviço”, a Lei nº 8.977/95 prevê que a operadora de TV a Cabo, na sua área de prestação do serviço, deverá tornar disponíveis canais para algumas destinações, entre os quais os canais básicos de utilização gratuita. Nas letras “e”, “f” e “g”, estão asseguradas participações da comunidade.

Contudo com revela Vera Maria Nusdeo Lopes¹², o avanço foi contido pelo dispositivo seguinte, o qual determina que, em caso de procura maior que a oferta de canais, a escolha será feita pela operadora, justificadamente, levando em consideração o direito de expressão e o exercício da livre concorrência,

canal universitário, um canal comunitário e um terceiro, educativo-cultural, reservado aos órgãos que tratam de educação e cultura nas esferas federal, estadual e municipal. A mais recente integrante é a TV Justiça, aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mello. Destina-se a divulgar as atividades relacionadas à Justiça, além das sessões do Supremo e espaços reservados para o Ministério Público Federal, tribunais estaduais e outros órgãos, como a OAB.

- 11 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 11. O título aponta já para o núcleo essencial do debate a empreender: o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna às imposições constitucionais. LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997, p. 316-317 Nesse sentido, a autora diz que o art. 5º e o art. 23, combinados, exigem que as operadoras de TV a cabo devam manter, obrigatoriamente, três tipos de canais.
- 12 *Idem*, ibidem, p. 318. Note-se que o art. 3.º da Lei da TV a Cabo prescreve que este tipo de serviço é destinado a promover a cultura universal e nacional, a diversidade de fontes de informação, o lazer e o entretenimento, a pluralidade política e o desenvolvimento social e econômico do país. As emissoras de TV a cabo deverão oferecer, publicamente, os canais destinados à prestação eventual ou permanente de serviços (art. 24, parágrafo 1º), o que significa, sem dúvida, uma regra consentânea com a busca da igualdade do direito de utilização dos meios de comunicação por todos os setores da sociedade.

bem como a gestão de qualidade e eficiência econômica da rede. A dificuldade está nos grandes centros, onde existe procura maior que a oferta.

A lei é bastante positiva ou razoável para as cidades de médio e pequeno porte, mas ainda nelas insuficiente, por excluir uma grande parcela da população. O problema é, sem dúvida, a abrangência restritiva, pois o direito de informação é de toda a sociedade, que, no caso, está representada apenas por alguns dos seus segmentos; ainda assim, apenas para os que pagam pelo serviço de transmissão, através do cabo.

Todos os segmentos deveriam dispor dos instrumentos de informar, inclusive implementando a construção de um Estado Democrático de Direito plenamente participativo.

A legislação é elitista, porque não respeita o direito soberano do homem comum, que não dispõe da televisão transmitida pelo cabo. Importante fazer a ressalva que um percentual muito pequeno da população possui o dispositivo do cabo, que é pago. A grande maioria dos telespectadores assiste apenas às emissoras de sinal aberto.

Existe até a possibilidade de uma associação de bairro se organizar, por exemplo, e efetivamente exercer o direito de informar; mas a entidade de moradores pode limitar-se a apenas produzir os programas de interesse da comunidade.

Os produtores ou associados da entidade que elaborou os programas poderão ou não assistir à TV na sua residência, devido ao fato de o acesso às emissoras a cabo ser pago.

A crítica que se faz é no sentido de que a chamada televisão de sinal aberto, que chega a, praticamente, todas as residências¹³, deveriam contar com dispositivos semelhantes¹⁴ ou mesmo melhores.

O Brasil concede um direito pleno e efetivo no aspecto negativo, ou seja, o de não oferecer qualquer embaraço. Como reconhecem Araújo e Nunes Júnior¹⁵, no ordenamento brasileiro, esse teor é a dicção literal do art. 220,

13 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 181. Nesse sentido, afirma o autor que, no ano de 1986, a TV Globo já somava quarenta e oito emissoras afiliadas, atingindo 17 milhões de domicílios em 98% (noventa e oito) por cento dos municípios brasileiros.

14 BERNARDI, Iara. *Comunicação e democracia*, in "Jornal o Imparcial", 8/12/2000, p.3. A autora, que é deputada federal pelo PT/SP, afirma, no artigo, que o Partido dos Trabalhadores tem um projeto que cria a TV Comunitária nos canais abertos.

15 ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, São

caput, da Constituição, onde se admite que a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não poderá sofrer qualquer espécie de restrição.

Garante-se, dessa forma, na Constituição, que não haverá nenhum tipo de restrição, embora, no aspecto positivo do direito de informar, ou seja, o de disponibilizar os meios de comunicação de massa, não exista uma amplitude. Não obstante o disposto no artigo em foco (220), acima citado¹⁶:

o que se constata na prática é a existência de uma lei cheia de restrições, que prescreve até mesmo a obrigatoriedade de residência num raio de um quilômetro, como é o caso da Lei 9.612/98. Vale dizer, a lei configura o próprio embaraço e sua interpretação imposta aos tribunais, pelos controladores dos meios de comunicação, mais ainda

Os meios disponíveis oferecidos, para efetivar a possibilidade de informar, não acompanham o mesmo raciocínio amplo, ou seja, são escassos, e não existem na sua plenitude. Se não pode haver restrições ou censuras de qualquer espécie, a disponibilização dos meios necessários deveria ser de qualquer forma, ou seja, ampla o suficiente, para alcançar, pelo menos, todos os tipos de emissoras de rádio e televisão, além da Internet.

O chamado direito de antena, quando disponibilizado de forma democrática, garante, amplamente, o direito de informar, concedendo a todas as pessoas, indistintamente, os meios, os veículos necessários, para dar voz aos diversos setores da comunidade.

Pontue-se, neste ponto, que o direito de antena ainda esbarra em questões culturais, ideológicas e até mesmo de caráter moral com relação à sua efetiva implantação. **À guisa de exemplificação e ilustração, tomemos o exemplo** mais conhecido nesta temática: as rádios comunitárias.

Veja-se ser voz corrente a distinção pouco clara entre rádio comunitária e a chamada rádio *pirata*, sendo esta última, muitas vezes, uma abordagem simplesmente discriminatória aplicada pelo grupo majoritário social – especialmente as empresas de comunicação de um modo geral – em face dessa manifestação tão-somente democrática e popular.

Paulo: Saraiva, 2007, p.76.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*, Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p. 300. O autor diz que a Internet não difunde apenas as informações, mas é um vasto veículo de expressão de idéias.

16 COELHO NETO, Armando Rodrigues, *Direito de Antena e Liberdade de Expressão*, in <http://jusvi.com/artigos/25830/1>, acesso em 04/09/2008.

O sendo comum associar rádios comunitárias a equipamentos montados, propositadamente, próximos a aeroportos e destacamentos do corpo de bombeiros, ou algo semelhante, cujo intuito seria o de causar embaraço e dificuldade na comunicação de tais locais. Há, assim, uma nítida criminalização da atividade, algo que, no mais das vezes, segue uma concepção cujo lastro é puramente ideológico ou tão-só econômico. Daí porque:

Nos meios policiais, nos escaninhos da Anatel ou nos tribunais, as pequenas emissoras são tratadas por “rádios piratas”. Em outros círculos são simplesmente tratadas por “pequenas emissoras”, “rádios alternativas” e nos meios universitários são, singularmente, chamadas de “rádios livres”. Todas trazem uma marca comum, que é o fato de serem de baixa potência e estarem restritas a pequenas comunidades, embora com discursos distinto¹⁷

As soluções, portanto, passam pela ampliação do acesso aos meios de comunicação e pelo fim dos monopólios no setor. Tratar rádios comunitárias pura e simplesmente como instituições “irregulares” não contribui para o que consta no próprio texto constitucional, no sentido de se criar uma sociedade ampla, fraterna, justa e solidária, o que, no tocante ao tema em foco, redundaria num tratamento mais plural e democrático da questão.

4. O DIREITO POSITIVO DE INFORMAR NA INTERNET

O termo “Internet” é a contração de inter-network, ou seja, entre redes. Sua origem e desenvolvimento são encontrados nos Estados Unidos, na segunda metade do século XX. Os primeiros estudos relacionados com o desenvolvimento de uma rede que intercomunicará diferentes sujeitos e conteúdos se produz no começo dos anos 60, com uma série de publicações de J.C.R. Lickelider, de *Massachusetts Institute of Technology*, onde surgiu um conceito denominado “Rede Galáctica”, que permitira a intercomunicação e transmissão de dados entre diferentes lugares conectados a uma rede de ordenadores¹⁸.

Com o advento da Internet, a transmissão da informação abre espaço para democratização de todas as manifestações, embora permita a possibilidade de multiplicação de abusos.

¹⁷ COELHO NETO, *op. cit.*.

¹⁸ DELPECH, Horacio Fernández. *Internet: sua problemática jurídica*, p. 11.

Um dos mais significativos desenvolvimentos da rede consiste na conferência de tecnologias, descrita como uma alteração das trajetórias tecnológicas específicas de diferentes setores, ou seja, a utilização na Internet para acesso às emissoras de rádio, de televisão e de sites de jornais, além de variados conteúdos presentes em blogs, páginas e sites. E também, a possibilidade das pessoas produzirem páginas e blogs, ou seja, democratizar o direito de antena.

A rede tirou o acesso, quase exclusivo da comunicação feito por jornais, revistas, emissoras de rádio e televisão, para permitir que qualquer pessoa que navegasse pudesse construir sites, páginas e conteúdos¹⁹.

Como ressalta Jónatas E.M. Machado, do ponto de vista jurídico, está perante uma substancial alteração dos pressupostos de fato em que se assentavam as soluções regulatórias adotadas no domínio das comunicações²⁰.

A livre expressão não significa apenas ter o direito de ser ouvido, mas ter também o direito de ouvir o que os outros têm para dizer e ainda e principalmente na possibilidade de espaços para que isso ocorra.

Para se adquirir uma compreensão esclarecida de possíveis atos e políticas do governo, também é preciso que o direito positivo de informar e a liberdade de expressão²¹ alcancem uma titularidade difusa, o que ocorre com a rede mundial. As pessoas podem fiscalizar o Poder Público e publicar na rede seus comentários, observações e denúncias. É um fenômeno interessante:

A tecnologia está retirando o poder dos jornalistas, de editores, do estabelecimento e da elite da mídia. Agora são as pessoas que estão assumindo o controle". A fala é de Rupert Murdoch, principal acionista de um conglomerado de veículos e estúdios, que ressalta a importância do meio²².

É um direito de feição positiva, e não se dirige só contra o Estado, mas se trata de uma importante garantia concedida ao cidadão de expor suas idéias e convicções. Amplia-se as possibilidades de fiscalização e os espaços para a livre circulação de idéias.

19 SPYER, Juliano. *Conectado – O que a Internet fez com você e o que pode fazer com ela*, p.15

20 MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão – Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*,

21 DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*, p.110.

22 SPYER, Juliano. *Conectando – O que a Internet fez como você e o que você pode fazer com ela*, p. 190.

O julgamento em nível internacional da Internet como veículo de comunicação de massa ocorreu nos Estados Unidos da América do Norte. A Suprema Corte analisou os limites da Internet com relação a proteção da infância e da juventude²³. A decisão que foi tomada por maioria de sete votos contra dois também estabelece alguns parâmetros doutrinários²⁴, que colocam a rede mundial como espaço primordial para exercício do direito positivo de informar.

A sentença da Suprema Corte consagrou em 1997 o princípio da liberdade de expressão no âmbito da Internet²⁵, invalidando por inconstitucionalidade partes da legislação Communications Decency Act (CDA) de 1996, que trazia previstos determinações sobre comportamentos chamados éticos para a utilização da rede.

Num período de crescimento da Internet, durante a administração do governo Bill Clinton, foi sancionada a “Lei de Telecomunicações”, como um marco ao qual se regulava outra legislação chamada de Communications Decency Act, que impunha responsabilidades penais pela transmissão “on line” de material obsceno ou indecente destinados aos menores de idade.

Foi uma tentativa do governo Bill Clinton de controlar a Internet²⁶, que ocorreu em fevereiro de 1996, com a aprovação do CAD, parte integrante (título V) da reforma das telecomunicações contida na Lei das Telecomunicações norte-americana, denominada Communications Reform Act²⁷.

O dispositivo da sentença culmina dizendo que qualquer regulamentação ao conteúdo da liberdade de expressão resultada muito provavelmente numa interferência ao livre intercâmbio de idéias, mais do que um estímulo a eles.

Conclui dizendo que o interesse da Corte é o de sempre estimular a liberdade de expressão e o direito positivo de informar numa sociedade

23 CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. *A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela Internet*, p. 112. “Entre outras previsões, o CDA considerava legal, reprimindo severamente, a transmissão, por aparelho de telecomunicações, ou por computador, de materiais obscenos ou indecentes que pudessem ser inapropriados para menores de dezoito anos, assim abrindo a possibilidade dos fornecedores de acesso serem responsabilizados por permitirem a circulação daqueles conteúdos”.

24 O texto integral desta sentença está disponível no endereço eletrônico da Supreme Court of the United States, [HTTP://www2.epic.org/cda/cda_decision.html](http://www2.epic.org/cda/cda_decision.html).

25 *Reno vs. A.C.L.U. – American Civil Liberties Union (1997)*.

26 MOLES PLAZA, Ramón Jordi. *Derecho y control em internet – La regulabilidad de Internet*, p. 19.

27 Sobre a CDA, ver Vincenzo Zeno-Zencovich, *Manifestazione del Pensiero, Libertà di Comunicazione e La Setenza sul Caso <Internet> <in> Il Diritto dell’Informazione e dell’Informatica, ano XII, n. 4-5 (1996), p. 640 a 643.*

democrática, pois isso pesa mais do que qualquer benefício teórico, porém não provado, da necessidade de censura ao novo veículo de comunicação.

Afirma a corte ainda que a Internet estabeleceu um novo canal para o exercício do direito de informação positivo e a liberdade de expressão, tornando a comunicação democrática e efetiva.

A Internet pode ser descrita como um veículo para a conversação universal sem limites. Trata-se de uma forma participativa da liberdade de expressão de massa mais desenvolvida e rápida, que deve merecer proteção frente à intromissão estatal

5. CONCLUSÃO: POR UMA CONCRETA APLICAÇÃO DO DIREITO DE ANTENA

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada pela Assembléia Geral, assegurou a liberdade de expressão em dos artigos, quem tem efeito vinculante e obriga todos os Estados como direito internacional consuetudinário²⁸. O artigo 18 estabelece: “*Toda pessoa tem à liberdade de pensamento, consciência e religião(...)*”

Comentando o tema, no entanto, Toby Mendel destaca outro dispositivo:

(...) o dispositivo mais importante para a liberdade de expressão é o do artigo 19 diz: ‘*Todos têm o direito a liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de expressar opiniões sem interferência e de buscar, receber e transmitir informações idéias por quaisquer meio e sem limitações de fronteiras*’.

No mesmo sentido, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ICCPR), um tratado com força de lei, que foi adotado pela Assembléia Geral da ONU, em 1966²⁹, trouxe a liberdade de expressão dentro dos princípios proclamados na Carta das Nações Unidas. O artigo 18 estabelece que toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião.

Numa abordagem já conclusiva, observamos que uma das questões mais candentes no que toca à nossa Constituição Federal, com recém completados 20 (vinte) anos de vigência (outubro de 1988-outubro de 2008), é justamente a chamada concretude ou a busca de efetivação, de

²⁸ MENDEL, Toby. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*, p. 8.

²⁹ Resolução da Assembléia Geral da ONU 2200 A (XXI), de 16 de dezembro de 1966, com entrada em vigor em 23 de março de 1976.

densidade, para direitos consagrados no texto constitucional, mas cuja aplicação é ainda algo incipiente ou simplesmente inexistente.

Para o âmbito deste estudo, decretar-se a participação da população na divulgação de idéias, manifestações, assegurando meios disso se realizar é algo que deve abandonar a retórica política, já tão rica de discursos vazios, para ocupar um lugar de efetivo destaque nas agendas governamentais e especialmente no cotidiano da população que, em última instância, é a base de sustentação de seus governantes (art. 1º, parágrafo único, Constituição Federal).

O recente caso *Wikileaks* – que levou, inclusive, à prisão seu representante maior, Julian Assange – cujas nuances analíticas não cabem no presente estudo de modo completo, mostram que a liberdade de informação, a liberdade de expressão e mesmo a liberdade de pensamento seguem sendo elementos de máxima proteção no mundo contemporâneo.

Num ambiente pretensamente libertário, como é o caso da *internet*, as restrições informativas e de manifestação indicam que a proteção reclamada por nós no parágrafo acima é de fato algo mandatário.

Como um possível caminho para equacionar essa questão, vemos a valorização dos aspectos locais e regionais como forma eficaz não apenas de resistência aos interesses globais que incidem por vezes de modo violento sobre a produção de informação, mas também como um meio de se garantir uma informação produzida da modo mais isento, legítimo e realmente democrático.

A própria Europa indica uma espécie de retorno ao ambiente pós-feudal, no sentido de se valorizar mais as manifestações locais, em prevalência a esquemas globais no mais das vezes descaracterizadores desses valores locais.

E, entendemos nós, a questão da real democratização da comunicação e do acesso a essa comunicação livre, popular, aberta, desembarcada, casa harmoniosamente com o conceito de valorização local, eis que não se concebe falar em, por exemplo, rádio comunitária sem que exista uma comunidade real a ser ali representada.

A inclusão social que aqui defendemos, assim e ainda mais, parece ser uma idéia apropriada quando imaginamos um modelo jurídico-político, almejado para o século XXI, que nos afasta do formalismo para que a haja a adoção da promoção social e a implementação do justo, afinal:

Se se trata de criar um espaço público, num mundo globalizado e complexo, as vozes a serem escutadas não podem ficar restritas a uma representação formal dos governos. Certamente, o maior desafio para conseguir uma autêntica democratização da política internacional consiste em produzir um espaço público de acesso relativamente irrestrito e com capacidade real de influir no processo decisório sobre questões globais³⁰.

O resgate do ambiente absolutamente independente do burgo feudal pode soar excessivo em nossos tempos e talvez o seja de fato. A autonormatividade aí existente, numa sociedade complexa como a atual, seria um idealismo excessivo e até pernicioso.

No entanto, uma proximidade do Estado e do direito com sua base humana mais elementar pode significar uma inclusão de mais vozes em seu exercício, bem como criar uma real possibilidade, via edificação de um ambiente propício para tanto, de uma postura mais inclusiva, que torne possível, inclusive, o nascimento de um novo direito, mais inclusivo e menos excludente, mais propositivo e menos impositivo, mais concreto e menos formal, mais efetivo e menos declarativo.

Se conseguirmos esquadrihar esse novo modelo, mesmo que nos sujeitando aos inevitáveis percalços que toda modificação sempre traz consigo, poderemos vislumbrar, talvez, um modelo cuja eventual qualificação ou adjetivação como “inclusivo” não mais se mostrará necessária, já que tal caráter será perceptível como algo que lhe é parte integrante e indissociável.

6. REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José Alberto de Melo. Estatuto constitucional da actividade de televisão. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

ALMEIDA, André Mendes de. Mídia eletrônica – Seu controle nos EUA e no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da própria imagem. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional, São Paulo: Saraiva, 2007.

³⁰ LEIS, Héctor Ricardo. *Globalização e democracia: necessidade de oportunidade de um espaço público transnacional*. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, nº 28, ano 10, julho, 1995, p. 48-67.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. Direito constitucional e teoria da constituição. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito de informação e liberdade de expressão. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela internet, Coimbra: Almedina, 2009.

CORASANITI, Giuseppe. Trasparenza, pluralismo, interventi pubblici nella disciplina delle imprese editoriali. Padova: CEDAM, 1988.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico, Vol. 2, Saraiva: São Paulo 2ª, 2005.

DAHL, Robert A. Sobre a Democracia (Trad. de Beatriz Sidou), Brasília: UnB, 2009.

DELPECH, Horacio Fernández. Interne: su problemática jurídica. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

FAYT, Carlos S. La omnipotencia de la prensa. Su juicio de realidad en la jurisprudencia argentina y norteamericana. Buenos Aires: La Ley, 1994.

FERREIRA, Pinto Luiz. Código eleitoral comentado. 4. ed. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2000.

LEIS, Héctor Ricardo. Globalização e democracia: necessidade de oportunidade de um espaço público transnacional. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais, nº 28, ano 10, julho, 1995, p. 48-67.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. O direito à informação e as concessões de rádio e televisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MENDEL, Toby. Liberdade de informação: um estudo de direito comparado, 2ª Ed, Brasília: UNESCO, 2009.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra : Coimbra Editora, 1996.

MOLES PLAZA, Ramón Jordi. Derecho y control em internet – La regulabilidad de Internet, Madrid: Ariel, 2004.

RESOLUÇÃO da Assembléia Geral da ONU 2200 A (XXI), de 16 de dezembro de 1966, com entrada em vigor em 23 de março de 1976.

SPYER, Juliano. Conectando – O que a Internet fez como você e o que você pode fazer com ela, São Paulo: Zahar, 2009.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo; CLEMENTE, Michele e LODATO, Maria Gabriella. La responsabilità professionale del giornalista e dell'editore. Padova: CEDAM, 1995.

_____. Manifestazione del Pensiero, Libertà di Counciazione e la Sentenza sul Caso "Internet", in "Il Diritto del'Informazione e del'Informatica", ano XII, n. 4-5, 1996.

VII

LAS DECISIONES DE LOS ORGANOS INTERNACIONALES, EL BLOQUE DE COSNTITUCIONALIDAD Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO INTERNO

Por Nohora Elena Pardo Posada

Docente de la Universidad Libre Facultad Derecho, Jefe del Área de Derecho público, miembro de la junta directiva de la asociación Colombiana de derecho procesal constitucional.

Por Carlos Arturo Hernández Díaz

Docente de la Universidad Libre Facultad Derecho, Decano Nacional Universidad Antonio Nariño, miembro titular de la asociación colombiana de derecho procesal constitucional desde el 26 de mayo de 2010.

SUMARIO

1. Introducción; 2. .La naturaleza del derecho internacional humanitario, en el orden jurídico colombiano; 3. .Componentes del bloque de constitucionalidad según la jurisprudencia de la corte constitucional; 4. El bloque de constitucionalidad y la integración de las normas de derecho internacional humanitario; 5. Bloque de constitucionalidad y reparación integral; 6. La comisión interamericana y la convención americana de derechos humanos; 7. Lineamientos propuestos por la corte interamericana de derechos humanos ante daños causados con ocasión de masacres y atentados terroristas; 8. Adopción por la jurisdicción interna contencioso administrativo de las decisiones y recomendaciones de la corte interamericana de derechos humanos; 9.¿Que incluye la reparación integral? ; 10.Declaratoria de cosa juzgada internacional; 11.Bibliografía; 12 .Sentencias; 13.Revistas; 14.Leyes.

RESUMEN

Con la constitución política de 1991 se introdujo en el orden jurídico la nación de bloque de constitucionalidad que frene a tratados que protegen derechos humanos adquiere un carácter fundamental y de protección contra las disposiciones internas, con la creación de organismos internacionales para juzgar la responsabilidad de los Estados por violación de derechos humanos los operadores jurídicos han acogido en la parte motiva y resolutive de sus fallos estos criterios para la cabal armonización del tema en el derecho internacional e interno.

PALABRAS CLAVES

Responsabilidad, Estado, Bloque de Constitucionalidad, tratados internacionales, corte interamericana de derechos humanos

ABSTRACT

With the constitution of 1991 was introduced into the legal order of constitutional bloc nation that restrain human rights treaties that protect takes on a fundamental protection and internal arrangements, with the creation of international bodies to judge the responsibility States for violation of human rights legal operators have received in the relevant part of its judgments and solving these criteria to the full harmonization of the topic in the international and domestic law.

KEY WORDS

Responsibility, State Constitutional Bloc, international treaties, inter-American human rights court

1. INTRODUCCIÓN

Para nuestras Altas Cortes el hecho de que el Estado colombiano sea parte en un tratado no implica, por sí mismo, que ese tratado sea operativo y produzca efectos directos en el orden interno. Es decir, que los derechos y obligaciones en él contenidos puedan ser invocados directamente por

los individuos y aplicados por los tribunales. Para que todo tratado del que el Estado es parte produzca efectos directos, es decir que sea operativo, las normas jurídicas en él previstas deberán ser susceptibles de aplicación inmediata. Esta aplicación inmediata dependerá de la claridad y falta de condicionamientos del contenido entonces *¿Cómo se evidencia la adopción de las decisiones de los órganos internacionales en el Derecho Interno Colombiano?*

2. LA NATURALEZA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, EN EL ORDEN JURÍDICO COLOMBIANO

Iniciar el tema del derecho internacional y su incidencia en el derecho interno¹ implicar hacer alusión a los criterios señalados por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, aprobada por Colombia por la Ley 32 de 1985. La doctrina tradicional distingue entre el llamado derecho de la Haya o derecho de la guerra² en sentido estricto, codificado en los Convenios de la Haya de 1899 y 1907³, y cuya finalidad tradicional ha sido regular la conducción de las hostilidades y los medios legítimos de combate; y, de otro lado, el Derecho de Ginebra o derecho internacional

1 *Para esta ponencia acogeremos la teoría monista, bajo el presupuesto de la unidad del derecho, propone la existencia de dos subsistemas jurídicos relacionados jerárquicamente. Esta unidad implica que las normas se hallan subordinadas unas a otras, formando un sólo ordenamiento jurídico. Ello excluye la posibilidad de plantearse el primer problema: el derecho internacional integraría, sin más, el orden jurídico estatal.*

2 *Los primeros doctrinarios del Derecho Internacional se refirieron a él como derecho de la guerra y derecho de la paz o bien como derecho de gentes. En la actualidad la doctrina alemana llama al derecho internacional *Völkerrecht* o sea derecho de los pueblos.*

3 **BUGNION François** *El derecho de Ginebra y el derecho de La Haya. Revista Internacional de la Cruz Roja* Nº 844 31-12-2001 pp. 901 – 922 *“La primera iniciativa fue la de Henry Dunant y sus colegas en el Comité Internacional de Socorro a los Militares Heridos, el futuro Comité Internacional de la Cruz Roja; su objetivo era que se prestara protección a los heridos y al personal sanitario de los ejércitos en el campo de batalla y propició la aprobación, el 22 de agosto de 1864, del primer Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña. El Convenio original fue revisado en 1906, 1929 y 1949. Además, se extendió la protección a los heridos y a los enfermos de las fuerzas armadas en el mar mediante los artículos adicionales de 1868 (no ratificados), el Convenio de La Haya para la adaptación de los principios del Convenio de Ginebra a la guerra marítima (Convenio III de La Haya, de 1899, y Convenio X de La Haya, de 1907) y el Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los naufragos de las fuerzas armadas en el mar, del 12 de agosto de 1949 (II Convenio). La protección se extendió también a los prisioneros de guerra mediante el Convenio relativo al trato de los prisioneros de guerra, firmado en Ginebra, el 27 de julio de 1929, y más tarde, mediante el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (III Convenio). Los horrores de la Segunda Guerra Mundial convencieron a los Estados de la necesidad de extender la protección convencional a las víctimas civiles de la guerra. Así, se aprueba el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (IV Convenio). Por último, tras la experiencia de la guerra civil española, la Conferencia Diplomática de 1949 extendió la aplicación de ciertos principios humanitarios a las víctimas de los conflictos armados no internacionales, mediante el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.”*

humanitario en sentido estricto, cuyo objetivo es proteger a quienes no participan directamente en las hostilidades.

De una lectura rápida de la Constitución y en particular del artículo 93 al citar el derecho humanitario podría concluirse que se está haciendo referencia al llamado Derecho de Ginebra. Esto fue aclarado por la Corte Constitucional la señalar que la protección de la población civil -objetivo clásico del derecho internacional humanitario en sentido estricto- implica la regulación de los medios legítimos de combate -finalidad del tradicional derecho de la guerra-, y viceversa. Además, a nivel normativo, ha operado una cierta absorción del derecho de la Haya por el derecho de Ginebra, como lo demuestra la amplia regulación de los medios de combate por el título III del Protocolo Facultativo la los Convenios de Ginebra de 1949.

Para el alto tribunal constitucional como para la doctrina la distinción entre estos dos derechos se funda en: el derecho a hacer la guerra *ius ad bellum*⁴ y sobre el estatus jurídico de las partes⁵. En efecto, el derecho de la Haya consideraba necesario estudiar, en especial en los conflictos armados internos, si un actor había adquirido el derecho a hacer la guerra, pues se estimaba que la declaratoria de beligerancia constituía un requisito necesario para que se pudiesen aplicar las normas que regulan los conflictos bélicos⁶. Ahora bien, la Carta de las Naciones Unidas -con pocas excepciones- ha prohibido el recurso a la guerra⁷

La doctrina sostiene frente al derecho internacional humanitario que:

“Es lógico considerar que ambas ramas del clásico ‘ius in bello’ constituyen aquello que continúa vigente en el derecho internacional, después de la prohibición del recurso al uso de la fuerza...”

4 *Ius ad Bellum se emplea para referirse a las razones legítimas que esgrime un Estado para iniciar una guerra y se basa en ideas para realizar lo que se denomina una “guerra justa”; en la Carta de las Naciones Unidas, el en su Artículo 2 inciso 4 señala “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.” y en el Artículo. 51 dice que “Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas...”*

5 *Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-225 de 1995 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero*

6 *Ibidem*

7 *Tanto el preámbulo como el artículo 2º excluyen el recurso a la guerra como mecanismo para zanjar las disputas internacionales. Sólo se admite la guerra defensiva en caso de agresión, artículo 5, o las medidas de fuerza dictaminadas por el Consejo de Seguridad -Capítulo VII de la Carta-.*

El derecho internacional humanitario es un conjunto de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados internacionales o no internacionales, y que limita, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a escoger libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra (Derecho de la Haya), o que protege a las personas y a los bienes afectados (Derecho de Ginebra). Definido de esta manera, el derecho internacional humanitario justifica plenamente su denominación más técnica de ‘derecho internacional aplicable en situaciones de conflictos armados’⁸.”

Comparte la definición citada la Corte⁹ y sostiene que el derecho internacional humanitario es entendido como el derecho de los conflictos armados, el cual comprende las dos ramas tradicionales: el derecho internacional humanitario en sentido estricto y el derecho de la guerra. El contenido del DIH según la Corte, “contiene normas que limitan el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los medios y métodos utilizados en combate, así como disposiciones encaminadas a proteger a las víctimas y a los bienes susceptibles de verse afectados por un conflicto armado.”¹⁰

El carácter imperativo del derecho internacional humanitario se funda en considerarse que las normas de derecho internacional humanitario son parte integrante del *ius cogens*¹¹; conforme con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, se entiende por norma *ius cogens* o norma imperativa de derecho internacional general “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”. al tenor del artículo 53 ibídem las normas humanitarias son obligatorias para los Estados y las partes en conflicto, incluso si éstos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normatividad no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario. En el tema el tribunal constitución ha señalado:

“En síntesis, los principios del derecho internacional humanitario plasmados en los Convenios de Ginebra y en sus dos Protocolos, por el hecho de constituir un catálogo ético mínimo aplicable a situaciones de

⁸ Christophe Swinarski. *Direito Internacional Humanitario*. Sao Paulo: Revista dos tribunais, 1990., p 30- 31.

⁹ Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-088/93 M.P. Ciro Angarita Barón.

¹⁰ Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-574/92. M.P. Ciro Angarita Barón

¹¹ Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-127 de 1993M.P. Alejandro Martínez Caballero

conflicto nacional o internacional, ampliamente aceptado por la comunidad internacional, hacen parte del *ius cogens* o derecho consuetudinario de los pueblos. En consecuencia, su fuerza vinculante proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados en su conjunto le ha dado al adherir a esa axiología y al considerar que no admite norma o práctica en contrario. No de su eventual codificación como normas de derecho internacional, como se analizará con algún detalle más adelante. De ahí que su respeto sea independiente de la ratificación o adhesión que hayan prestado o dejado de prestar los Estados a los instrumentos internacionales que recogen dichos principios.

El derecho internacional humanitario es, ante todo, un catálogo axiológico cuya validez absoluta y universal no depende de su consagración en el ordenamiento positivo.¹²

La observancia de las normas del DIH por los actores armados irregulares, o la fuerza armada estatal, no esta sujeta a suscribir con anterioridad el convenio internacional, debido que la fuerza normativa del derecho internacional humanitario deriva de la universal aceptación de sus contenidos normativos por los pueblos civilizados y de la evidencia de los valores de humanidad que estos instrumentos internacionales recogen. Todos los actores armados, estatales o no estatales, están entonces obligados a respetar estas normas que consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado.¹³

En consideración a lo antes señalado se afirma que las normas del DIH constituyen garantías inalienables estructuradas de manera singular: se imponen obligaciones a los actores armados, en beneficio no propio sino de terceros: la población no combatiente y las víctimas de ese enfrentamiento bélico, no aplicable al caso el principio de reciprocidad. En Colombia el Libertador Simón Bolívar firmó con el General Morillo un “tratado de regulación de la guerra” con el fin de “economizar la sangre cuanto sea posible”.¹⁴, contiene cláusulas sobre trato humanitario de heridos, enfermos y prisioneros además constituye la primera aplicación conocida de las costumbres de la guerra a lo que hoy llamaríamos una guerra de liberación nacional¹⁵. El 25 de abril de 1821, Bolívar envió una proclama a

¹² Corte Constitucional Colombia Sentencia C-574 de 1992. M.P. *Ciro Angarita Barón*.

¹³ Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-177 de 2001 MP. *Fabio Morón Díaz*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Alejandro Valencia Villa. Derecho humanitario para Colombia. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 1994, pp 48 y ss.*

sus soldados, por medio de la cual les ordenaba respetar los artículos de la regularización de la guerra. Según el Libertador, "aun cuando nuestros enemigos los quebranten, nosotros debemos cumplirlos, para que la gloria de Colombia no se mancille con sangre"(subrayas no originales)¹⁶.

En el caso colombiano, las normas humanitarias arriba citadas tiene el carácter de imperatividad, en razón al artículo 214 numeral 2º de la Constitución que dispone "en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario". LO que conlleva a afirmar que el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo y hace parte del orden jurídico al incorporar de manera automática el DIH, que como bien lo señala la Corte constitucional al considera los principios axiológicos del DIH como el cuerpo normativo integra el *ius cogens*.¹⁷

3. COMPONENTES DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte al abordar el tema del Bloque de Constitucionalidad le otorga dos sentidos:

1. Bloque de constitucionalidad *strictu sensu*, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas *de valor constitucional*, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93)¹⁸. También hacen parte integrante y principal del bloque de constitucionalidad los tratados internacionales que consagran derechos humanos intangibles, es decir, cuya conculcación está prohibida durante los Estados de Excepción; así como también integran el bloque, de conformidad con el artículo 214 de la Constitución Política, los convenios sobre derecho internacional humanitario, como es el caso de los Convenios de Ginebra¹⁹.

2. Bloque de Constitucionalidad en *lato sensu* compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no

16 Simón Bolívar. *Obras Completas*. La Habana: Editorial Lex: 1947, Tomo II, p 1173.

17 Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-574 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

18 Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-191 de 1998, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

19 Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-225 de 1995 MP Alejandro Martínez Caballero.

sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.²⁰ Por vía de una aplicación extensiva del inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, la Corte ha admitido que incluso aquellos tratados internacionales que establecen derechos humanos que pueden ser limitados durante los estados de excepción –tal es el caso del derecho a la libertad de movimiento– forman parte del bloque de constitucionalidad, aunque sólo lo hagan como instrumentos de interpretación de los derechos en ellos consagrados.

4. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA INTEGRACIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

La noción de bloque de constitucionalidad significa unidad, solidez, quiere decir todo aquello que no puede ser dividido; su origen se atribuye al derecho francés;²¹ Luis Favoreu sostuvo que fue en el seno del Consejo Constitucional de la Quinta República en donde por primera vez se utilizó el concepto de normas de constitucionalidad (la expresión como tal fue acuñada por la doctrina, no por la jurisprudencia), bajo la denominación de “*principios y reglas de valor constitucional*”, para hacer referencia al conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la Ley. También en Derecho Administrativo se utilizó la expresión “*bloque de legalidad*”, importada de Hauriou, para referirse al conjunto de leyes, principios y reglas a que estaba sometida la Administración, que no tenían jerarquía legal. Dice entonces Favoreu que fue en las decisiones D-39 del 19 de junio de 1970 y D-44 del 16 de julio de 1971 en donde el Consejo Constitucional reconoció el valor constitucional del preámbulo de la Constitución de 1958 y, por remisión hecha por el mismo texto, adoptó como normas de rango constitucional la Declaración de los Derechos Humanos de 1789, tal como fue confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946.²²

En una aproximación al derecho comparado en el tema del bloque de constitucionalidad España consagra este concepto en el fallo STC 10/82 entendiendo por bloque “*a un conjunto de normas que ni están incluidas en la Constitución ni delimitan competencia, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen*”²³

20 *Ibidem*

21 *Louis Favoreu. El bloque de constitucionalidad, Madrid. Editorial Civitas, 1991 p 19 y 20*

22 *Rubio Llorente, Francisco, Bloque de constitucionalidad, Revista Española de Derecho Constitucional, año 9, número 27, septiembre-diciembre 1989.*

23 *Eduardo Jiménez de Aréchaga, “Introducción al problema de las relaciones entre el derecho*

En el texto constitucional de 1886 no se hacía alusión al bloque de constitucionalidad fue la Corte Suprema de Justicia que en control de constitucionalidad afirmó “*en ejercicio de la jurisdicción constitucional sólo le es dado confrontar a la Corte la ley con los textos de la Carta, cuya integridad se le ha confiado. Por tanto, no procede el examen del cargo de violación del artículo 1 de la citada Ley 74 de 1968(Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*”²⁴ Fundamentos acogidos en Colombia para la doctrina constitucional de los principios y mandatos de los artículos 4º y 93 de la Constitución.

El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reformas diversas al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*.²⁵ : Esta noción a de entenderse que la constitución de un Estado es mucho más amplia que su texto constitucional, dado que existen otras disposiciones, contenidas en otros instrumentos o recopilaciones, que también son normas constitucionales²⁶.

El artículo 93 de la Carta Política el artículo 93 de la Carta establece la prevalencia en el orden interno de ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Para que opere la prevalencia tales tratados en el orden interno, “es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción”²⁷.

Las disposiciones del derecho internacional humanitario que tratan sobre el manejo de las personas y las cosas vinculadas a la guerra,

internacional y el derecho interno”, separata de la Revista Jurídica, Buenos Aires, 1962, Págs 1-111

24 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 23 de marzo de 1973. M.P. Eustorgio Sarriá. Gaceta Judicial N° 2390-2391 Pág.105

25 Corte Constitucional Colombia. Sentencia No. C-225 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

26 Corte Constitucional Colombia. Sentencia No. C-067 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

27 Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-295 de 1993 M.P. Carlos Gaviria Díaz

como las que señalan la forma de conducir las acciones bélicas, se han establecido con el fin de proteger la dignidad de la persona humana y para eliminar la barbarie en los conflictos armados²⁸.

Ahora bien, los convenios de derecho internacional humanitario prevalecen en el orden interno. Sin embargo, ¿cuál es el alcance de esta prevalencia? Algunos doctrinantes y algunos intervinientes en este proceso la han entendido como una verdadera supraconstitucionalidad, por ser estos convenios normas de *ius cogens*. Que encuentra su sustento en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Con menor razón aún podrán los Estados invocar el derecho interno para incumplir normas de *ius cogens* como las del derecho internacional humanitario. Pero, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, esta interpretación debe ser matizada, puesto que la Constitución es norma de normas (CP Artículo 4º). Resultado de la integración en el bloque de constitucionalidad de las normas del DIH es la obligación del Estado colombiano de adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario.

5. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y REPARACIÓN INTEGRAL

La reparación integral en el estado colombiano, en su condición de Estado de derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente²⁹. Es deber del Estado responder por las acciones u omisiones causadas por su agentes (C.P. Artículo 90), desprendiéndose la posibilidad de exigir no solo la declaración de responsabilidad sino también la reparación integral de los perjuicios causados. Para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, se exige que éste sea consecuencia del cumplimiento regular o irregular de sus obligaciones o del incumplimiento de las mismas. De esta manera, el artículo 90 de la Constitución consagra una cláusula general de responsabilidad estatal objetiva por todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y

28 Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-179 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

29 Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-832 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil

abstenciones de los entes públicos, tanto en las relaciones contractuales como en las extracontractuales de tales entes³⁰.

Fundado en el orden jurídico interno el Estado colombiano reconoce el derecho que le asiste a toda persona a reclamar, de parte de la organización pública, o de cualquier particular que haya ocasionado una determinada lesión a la persona o a cosas, la correspondiente reparación integral del perjuicio, la cual deberá garantizarse en términos de equidad. (C. de E. Enrique Gil Botero). Bajo la declaración de responsabilidad Administrativa del Estado, surge el deber de deber llevar a cabo y verificar la reparación integral de los daños que padezcan los asociados, principio del derecho resarcitorio que se ve igualmente reflejado en el ámbito internacional, mediante la figura jurídica del Bloque de constitucionalidad.

La responsabilidad del Estado por violación de derechos humanos reconocidos en su legislación interna y en tratados internacionales data de la segunda guerra mundial y de la protección de los derechos individuales ante los agravios de Estado, lo que conlleva a la obligación de protección de derechos y respeto por los derechos humanos³¹. En materia de reparación integral en el orden interno se consagra en la ley 446 de 1998 artículo 16, para la valoración de los daños dentro de cualquier proceso que se adelante ante la administración de justicia, debiendo ponderar y determinarlos en cuento a las personas y a las cosas, para atender a los postulados de reparación integral, equidad, así como los criterios técnicos actuariales propios de la tasación de los perjuicios causados. A su turno, el artículo 8 de la ley 975 de 2005, determinó el contenido y alcance del derecho a la reparación.

Ahora bien, Colombia se obligó a acatar las disposiciones relacionadas con la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su respectiva Comisión (Leyes 16 de 1972 y 288 de 1996). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un organismo internacional que está a cargo de la promoción y defensa de los derechos humanos (Estatuto CIDH, Artículo 1) en unión con los Estados que hacen parte del tratado internacional para la protección de estos derechos, puede someter un caso por violación de los derechos humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Estatuto CIDH, Artículo 9), que es el órgano judicial encargado para decidir. Hace parte de las funciones de la Comisión

³⁰ Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-043 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³¹ DELGADO AZAR Iliana, "Prácticas culturales, actores no estatales y el paradigma del Estado en la realización de los derechos humanos". *Fundamentos en Humanidades* N°. 17, 2008., p.113

Interamericana formular recomendaciones a los Estados Parte, con el fin de que éstos adopten las medidas necesarias para la protección de los derechos humanos. (Estatuto, CIDH, Artículo 18, Literal b).

A su turno la Ley 16 del 30 de diciembre de 1972, por la cual se aprobó la Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969), indica el procedimiento para la protección de los derechos humanos ante Corte Interamericana de Derechos Humanos y su respectiva Comisión:

Recibida la petición, la Comisión Interamericana determina si reconoce su admisibilidad y, en caso positivo, solicita información al Estado Parte al que pertenezca la autoridad presuntamente responsable de la violación de los derechos humanos, con el fin de verificar los motivos de la solicitud. En caso de que encuentre que existe violación a los derechos humanos, la Comisión declara la responsabilidad del Estado Parte y cita a las partes para buscar una solución amistosa; si ambas partes aceptan el arreglo, la Comisión realiza un informe en el que plasma las recomendaciones pertinentes y fija un plazo en el cual el Estado debe tomar las medidas necesarias para remediar la situación examinada.

Las actuaciones a las que se obliga el Estado Parte al acoger las recomendaciones, son objeto de verificación por parte de la Comisión y, en caso de incumplimiento, la Comisión puede presentar el caso ante la Corte. Para que la Corte Interamericana sea competente para conocer de un caso por violación de los derechos humanos, es necesario que el respectivo Estado haya aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana, en relación con la interpretación o aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El Estado Colombiano, por disposición no solo del artículo 93 CP sino también de las Leyes 16 de 1972 y 288 de 1996, se obliga a acatar las disposiciones relacionadas con la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su respectiva Comisión, en virtud al bloque de constitucionalidad, recuérdese que Colombia es Estado Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el 31 de julio de 1973 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 21 de junio de 1985.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de su jurisprudencia, y la Comisión Interamericana, mediante sus recomendaciones, interpretan y desarrollan los contenidos de la Convención Americana de Derechos Humanos, los lineamientos que se trazan en dichos

fallos y recomendaciones deben ser tenidos en cuenta por los diferentes operadores jurídicos de los Estados Parte. En Colombia estas funciones son reconocidas por el artículo 1º de la Ley 288 de 1996: “El Gobierno Nacional deberá pagar, previa realización del trámite de que trata la presente Ley, las indemnizaciones de perjuicios causados por violaciones de los derechos humanos que se hayan declarado, o llegaren a declararse, en decisiones expresas de los órganos internacionales de derechos humanos...”. Por consiguiente, los tratados internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos, incorporada al derecho interno a través de la Ley 16 de 1972 e incluida en el bloque de constitucionalidad, son obligatorios para el Estado Colombiano al tener el mismo rango que una norma constitucional y prevalecer sobre el ordenamiento interno, el cual se debe analizar a la luz de las interpretaciones realizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de los derechos fundamentales.

6. LA COMISIÓN INTERAMERICANA Y LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos³² es un organismo internacional que está a cargo de la promoción y defensa de los derechos humanos y que junto con los Estados que hacen parte del tratado internacional para la protección de estos derechos, puede someter un caso por violación de los derechos humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano judicial encargado de decidir. Ambos organismos internacionales son competentes para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Parte.

Dentro de las funciones de la Comisión Interamericana se encuentra, formular recomendaciones a los Estados Parte, con el fin de que éstos adopten las medidas necesarias para la protección de los derechos humanos.

La Ley 16 del 30 de diciembre de 1972³³, por medio de la cual se aprobó la Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica del 22 de noviembre de 1969), señala el procedimiento para la protección de los derechos humanos ante los organismos internacionales señalados, que en la mayoría de los casos son adoptados por la jurisdicción interna, el procedimiento cuenta con los siguientes acciones

³² Fue creada en 1959 mediante la Resolución VIII de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores.

³³ Congreso de la República de Colombia. Ley 16 de 1972. Publicada en el Diario Oficial No. 33780 del 5 de febrero de 1973, página 321.

- Recibida la petición, la Comisión Interamericana determina si reconoce su admisibilidad y, en caso positivo, solicita información al Estado Parte al cual pertenezca la autoridad presuntamente responsable de la violación de los derechos humanos, con el fin de verificar los motivos de la solicitud.

- En caso de que encuentre que exista violación a los derechos humanos, la Comisión declara la responsabilidad del Estado Parte y cita a las partes para buscar una solución amistosa; si ambas partes aceptan el arreglo, la Comisión realiza un informe en el cual plasma las recomendaciones pertinentes y fija un plazo en el cual el Estado **debe** tomar las medidas necesarias para remediar la situación examinada.

- Las actuaciones a las cuales se obliga el Estado Parte al acoger las recomendaciones son objeto de verificación por parte de la Comisión y, en caso de incumplimiento, la Comisión puede presentar el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para que la Corte Interamericana de Derechos Humanos asuma la competencia para conocer de un caso por violación de los derechos humanos, es necesario que el respectivo Estado haya aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana, en relación con la interpretación o aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Particularmente Colombia, al ser Estado Parte de dicho tratado, *se obligó a acatar* las disposiciones relacionadas con la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y *su respectiva Comisión* (Leyes 16 de 1972 y 288 de 1996).

A su turno, el artículo 93 de la Constitución Política dispone que los tratados y convenios internacionales -aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el Estado Colombiano- que reconocen los derechos humanos, *prevalecen* en el ordenamiento interno.

Con fundamento en la anterior disposición constitucional y en atención a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos -a través de su jurisprudencia- y la Comisión Interamericana –por medio de sus recomendaciones-, interpretan y desarrollan los contenidos de la Convención Americana de Derechos Humanos, los lineamientos que se trazan en dichos fallos y recomendaciones *deben* ser tenidos en cuenta por los diferentes operadores jurídicos de los Estados Parte.

Así también lo dispone el artículo 1º de la Ley 288 de 1996: “El Gobierno Nacional deberá pagar, previa realización del trámite de que trata la presente Ley, las indemnizaciones de perjuicios causados por violaciones de los

derechos humanos que se hayan declarado, o llegaren a declararse (sic), en decisiones expresas de los órganos internacionales de derechos humanos...”.

Por consiguiente, los tratados internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos, incorporada al derecho interno a través de la Ley 16 de 1972, son obligatorios para el Estado Colombiano y están llamados a prevalecer en el ordenamiento interno, el cual se debe analizar a la luz de las interpretaciones realizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de los derechos fundamentales.

7. LINEAMIENTOS PROPUESTOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ANTE DAÑOS CAUSADOS CON OCASIÓN DE MASACRES Y ATENTADOS TERRORISTAS

Las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se instauran a partir de la Convención Americana de Derechos Humanos, a través de una interpretación que amplía o enriquece el ordenamiento jurídico interno, porque se apunta al reconocimiento de derechos del ser humano³⁴.

Con base en ese postulado, ante la existencia de una situación calificada internacionalmente como ilícita, por acción o por omisión atribuible a un Estado, constitutiva de una violación de la obligación internacional contraída por el respectivo Estado, la Corte decide el caso bajo el régimen de la responsabilidad objetiva, ya sea de forma directa (la responsabilidad se predica de uno de los Agentes del Estado Parte) o indirecta (se imputa la responsabilidad al Estado Parte por su omisión en la protección de los derechos humanos)³⁵.

En interpretación de la Convención Americana, la Corte ha indemnizado a los damnificados de los daños causados con ocasión de las masacres y atentados terroristas con base en los siguientes criterios:

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esto posible, como en el presente caso, cabe al tribunal

³⁴ “La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo”. Escrito de la Juez Cecilia Medina Quiroga intitulado “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. San José de Costa Rica, 2005. Pág. 217.

³⁵ Sobre el tema puede consultarse la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de julio de 1988 dentro del caso “Velásquez Rodríguez”.

internacional determinar una serie de medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias producidas por las infracciones y se establezca, inter alia, el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados³⁶.

La obligación de reparar, que se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el Derecho Internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando disposiciones de su derecho interno³⁷.

Las reparaciones consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos material e inmaterial³⁸.

8. ADOPCIÓN POR LA JURISDICCÓN INTERNA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LAS DECISIONES Y RECOMENDACIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Las funciones que cumplen los operadores jurídicos de la jurisdicción contenciosa administrativa, cuando se pretenden acciones de reparación directa con fundamento en violación de tratados en derechos humanos, fue objeto de análisis por el tribunal superior de esta jurisdicción quien afirmó:

“... la labor del juez de lo contencioso administrativo, en tratándose de los procesos que se formulen para su conocimiento, con ocasión de la vulneración o trasgresión de derechos humanos, es la de un funcionario dinámico, con amplias facultades resarcitorias y de restablecimiento, suministradas éstas por el propio ordenamiento jurídico interno e internacional, encaminadas a que se obtenga una verdadera reparación integral del daño derivada de ese quebrantamiento. En ese orden de ideas, la jurisprudencia contencioso administrativa, debe acompañarse con los lineamientos que le son trazados por los principios y la regulación contenida en la Constitución Política y en el ordenamiento jurídico, como quiera que dichas disposiciones prevalecen sobre cualquier otra norma o regla de derecho vigente, en los términos del artículo 93 de la Carta Política...” (C del E feb 20/08).

36 Cfr. *Caso Baldeón García*, supra nota 5, párrafo 176; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, supra nota 9, párrafo 197; y *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, supra nota 12, párrafo 296.

37 Cfr. *Caso Baldeón García*, supra nota 5, párrafo 175; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, supra nota 9, párrafo 197; y *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, supra nota 12, párrafo 296.

38 *Sentencia que dictó la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 10 de julio de 2006, en el Caso de las Masacres de Ituango V. S. Colombia.*

En el tema de los medios e instrumentos a disposición del juez, el Consejo de Estado, considera que la labor dinámica del juez debe traducirse en la integración de las normas del orden interno e internacional para el logro de la reparación integral del afectado por la acción u omisión del Estado, al respecto indico:

“En ese contexto, y si es claro que prevalece la regulación internacional que reconoce y regula derechos humanos, a nivel normativo e interpretativo, frente al sistema interno, es ostensible que el juez de lo contencioso administrativo cuenta con diversas herramientas e instrumentos dirigidos a asegurar la reparación integral derivada del quebrantamiento de derechos humanos, cuando quiera que sean sometidas a su consideración, con miras al resarcimiento del perjuicio. Por lo tanto, es deber del juez, en estos eventos, no sólo limitarse a decretar indemnizaciones monetarias –a partir de la aplicación de bases y criterios actuariales–, sino que, su obligación, es integrar las medidas con que cuenta a partir del ordenamiento jurídico interno en su plenitud, como del internacional, con miras a que el restablecimiento derivado de una vulneración a los derechos humanos sea materializado³⁹.

El antecedente de *actuar* del Estado se encuentra en la sentencia del 20 de febrero, con ocasión del juzgamiento de la responsabilidad extracontractual del Estado, concretamente de la Policía Nacional y del municipio de Tuluá, en un caso en el que fueron desaparecidos y luego asesinados cuatro hermanos que previamente habían sido detenidos por la fuerza pública, precisó que la indemnización patrimonial, no resultaba suficiente para resarcir el daño causado. En efecto, con fundamento en el principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998 y 8° de la ley 975 de 2005, determinó que cuando se trataba de violaciones a los derechos humanos era posible ordenar medidas de justicia restaurativa, en aspectos tales como la rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y, adicionalmente el restablecimiento simbólico, entre otros aspectos; respecto de lo cual señaló lo siguiente:

La jurisprudencia contenciosa administrativa, debe armonizarse con los principios y mandatos constitucionales y el ordenamiento jurídico, en ese contexto y en aplicación artículo 93, prevalece la regulación internacional que reconoce y regula derechos humanos, a nivel normativo e interpretativo, frente al sistema interno, es notable que el juez de lo contencioso administrativo cuenta con diversas herramientas e instrumentos dirigidos a asegurar la reparación integral derivada del quebrantamiento de derechos humanos, cuando quiera que sean sometidas a su consideración, con miras al resarcimiento del perjuicio.

39 Consejo de Estado Sentencia Feb 20/08 expediente 16.996

9. ¿QUE INCLUYE LA REPARACIÓN INTEGRAL?

El deber de reparación integral que comprende el derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación (ley 975/05 Artículo 8), en materia internacional se ha considerado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los siguientes términos:

- a. La restitución o *restitutio in integrum*, es el restablecimiento de las cosas a su estado normal o anterior a la violación, es la forma perfecta de reparación, y que sólo en la medida en que dicha restitución no resulte accesible procede acordar otras medidas reparatorias (Corte Interamericana Feb.22/02).
- b. La indemnización por los perjuicios materiales sufridos por las víctimas de un caso en particular, comprende el daño material (daño emergente, lucro cesante) y el daño inmaterial (Corte Interamericana. Sentencia de Reparaciones, párrafo 50)
- c. Rehabilitación, comprende la financiación de la atención médica y psicológica o psiquiátrica o de los servicios sociales, jurídicos o de otra índole (Corte Interamericana. Caso Masacre Bello, párrafo 273)
- d. Satisfacción, son medidas morales de carácter simbólico y colectivo, que comprende los perjuicios no materiales, como por ejemplo, el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, etc (Corte Interamericana. Caso Las Palmeras. Vs. Colombia)
- e. Garantías de no repetición, son aquellas medidas idóneas, de carácter administrativo legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones a su dignidad, entre las cuales cabe mencionar aquellas encaminadas a disolver los grupos armados al margen de la ley, y la derogación de leyes, entre otras (Consejo de Estado, Sentencia feb 20/08)

Por consiguiente, los tratados internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos, incorporada al derecho interno a través de la Ley 16 de 1972 e incluida en el bloque de constitucionalidad, son obligatorios para el Estado Colombiano al tener el mismo rango que una norma constitucional y prevalecer sobre el ordenamiento interno, el cual se debe analizar a la luz de las interpretaciones realizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de los derechos fundamentales

En la misma decisión, la Corporación ha señalado que las anteriores medidas, cuando se trata de graves violaciones a derechos humanos, no desconocen los principios de jurisdicción rogada y de congruencia, toda vez que el orden jurídico interno debe ceder frente al internacional, en tanto este último impone la obligación a los Estados, incluida la Rama Judicial del Poder Público, de adoptar todas las medidas tendientes a la protección y reparación de esas garantías del individuo.

Igual consideración se realizó respecto de la no vulneración de la garantía fundamental de la no *reformatio in pejus* (relacionado íntimamente con el de congruencia), en tanto no suponen la modificación o el desconocimiento de los límites trazados por la *causa petendi* de la demanda, sino que esas medidas suponen una labor pedagógica e instructiva encaminada a sensibilizar a las entidades públicas y a toda la población, acerca de la importancia del respeto de las garantías fundamentales del individuo.

En esta línea de pensamiento, no se hace caso omiso del debido proceso a que tienen derecho las entidades o personas demandadas, quienes sabrán que cuando se trate de este tipo de violaciones es procedente adoptar las medidas conducentes a garantizar el restablecimiento de los derechos conculcados.

Precisados los anteriores aspectos, en torno al concepto de reparación integral, y como quiera que, en el caso concreto, la Sala se encontraba frente a un evento de clara trasgresión de derechos humanos, procedía ordenar las medidas adicionales de reparación que fueran procedentes, en orden a garantizar la satisfacción de los derechos y garantías desconocidas por la entidad pública demandada, por la muerte de 17 personas en el lugar y fecha mencionados.

En varios casos contra Colombia, la Corte estimó que la reparación integral de una violación a un derecho protegido por la Convención no puede ser reducida al pago de compensación a los familiares de la víctima⁴⁰. Una reparación integral y adecuada, en el marco de la Convención, exige medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. Los resultados alcanzados en estos procesos serán tomados en cuenta al momento de fijar las reparaciones (*infra* párrafo 245 a 247 y 249 a 253).

⁴⁰ Caso de la "Masacre de Mapiripán". Fondo, Reparaciones y Costas, *supra* nota 22, párrafo 214; Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia, *supra* nota 16, párrafo 219; Caso de las Masacres de Ituango, *supra* nota 16, párrafo 339; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello, *supra* nota 136, párr. 206.

Por ende, las autoridades encargadas de estos procedimientos estaban llamadas no sólo a verificar las omisiones estatales, sino a determinar los alcances reales de la responsabilidad institucional del Estado.

10. DECLARATORIA DE COSA JUZGADA INTERNACIONAL

Una sentencia tiene fuerza de cosa juzgada cuando ella se torna inmutable y definitiva y no puede ser modificada o revocada por ningún medio jurídico, ordinario o extraordinario, dentro o fuera del proceso en que se produjo.

Las diversas teorías que se han expuesto sobre la naturaleza de la cosa juzgada desde el Derecho Romano primitivo, dada su influencia religiosa que imputaba a la divinidad el poder de hacer las leyes y decidir los litigios. “Una disputa surgía entre dos ciudadanos: solamente la divinidad, por intermedio de sus ministros, los Pontífices, podía ponerle fin. Pero para obtener el juicio divino era aún necesario utilizar ciertas formas, hacer ciertos gestos. Si las formas exigidas habían sido regularmente cumplidas, los Pontífices no tardaban en expresar la voluntad divina. Si, por el contrario, las formas se habían cumplido imperfectamente, la voluntad de los dioses no se revelaba. Pero en todos los casos estaba prohibido renovar el procedimiento. Quién hubiera osado ofender a los Dioses, formulando dos veces la misma cuestión?”⁴¹ (La cosa juzgada tiene una explicación mágico-religiosa y en ella está ausente toda consideración a su origen humano.

En su periodo posterior el derecho romano sostuvo que la cosa juzgada es una presunción de verdad condensada en la conocida fórmula *res iudicata pro veritate accipitur* (la cosa juzgada es admitida como verdad.

El código de Napoleón, consagró legalmente la concepción de la cosa juzgada proveniente del Derecho Romano (CC arts 1350-1352) confiriéndole el carácter de una presunción *iuris et de iure*, o sea sin dar lugar a admitir prueba alguna contra lo decidido en ella. En consecuencia la sentencia mantiene su status de verdad legal pese a que en muchos casos contrarie la realidad o el juez haya incurrido en error de derecho.

⁴¹ Jean Dumitresco, *L'autorité de la chose jugée et ses applications en matière des personnes physiques*, citado por Esteban Ymaz, en “La esencia de la cosa juzgada y otros ensayos”, ed Arayú, Buenos Aires, p. 7).

La Corte Constitucional sostiene en la sentencia T-006 de 1992 que el principio de la cosa juzgada se convierte en derecho positivo y que es el estado, a través de su instrumento natural, la ley, el que otorga a ciertas sentencias el valor de presunción de derecho y el que niega a otras esta autoridad y, finalmente, será también el Estado el llamado a consagrar excepciones a dicha presunción. La cosa juzgada se trata no como derecho de los individuos sino como algo que por antonomasia pertenece al derecho público y donde campea una voluntad supraindividual que como acto de imperio otorga y despoja, a su arbitrio, contenido de verdad a sus manifestaciones, de suerte que cuando decide que ciertas decisiones de los jueces son definitivas e inmutables, ellas *valen como verdad*, lo que representa simplemente un llamado a su acatamiento y una técnica persuasiva o un excesivo recurso de legitimación que puede tal vez ser eficaz. Detrás de la presunción puede que sólo haya metáfora y metalenguaje, pero en últimas siempre será posible exigir el cumplimiento de las sentencias no porque éstas *sean la verdad* sino porque provienen de uno de los poderes públicos, o sea están dotadas de *autoridad*. En el Código Civil Francés, y en los Códigos inspirados en él, el aspecto de *autoridad* propio de una decisión judicial definitiva e inmutable, quiso ser asociado con la noción de *verdad*, pretensión que refleja el deseo del estado no de consagrar *un derecho inherente a la persona humana* sino de reclamar para una de sus manifestaciones existenciales- las decisiones de sus jueces - el mayor y máximo respeto y observancia, toda vez que ellas - aquí estriba su pretensión - no pueden ser miradas solamente como meras manifestaciones de su autoridad sino como muestras absolutas de *verdad*

Una concepción diferente vincula la cosa juzgada a los efectos de la sentencia de modo que aquella se la hace residir en la fuerza vinculante de la declaración de certeza que ésta contiene, la cual es especialmente obligatoria para los jueces que deben sujetarse a ella en cualquier debate posterior sobre el mismo asunto decidido.

Otra teoría postula que las sentencias irrevisables no se limitan a declarar el derecho objetivo sino que tienen virtualidad configuradora y transformadora de las relaciones jurídicas debatidas.

Ambas teorías vinculan la cosa juzgada a la declaración de certeza realizada por el juez, la primera de ellas circunscribiendo su eficacia en términos puramente procesales y la segunda otorgándole efectos sustantivos en lo que hace al reconocimiento y extinción de relaciones jurídicas. En últimas, la cosa juzgada se conecta con el efecto de la

sentencia que genera una indiscutible declaración de certeza ya sea que ésta tenga una vigencia reducida al plano procesal o se predique del ámbito de los derechos que reconoce o extingue. En ninguno de los casos la cosa juzgada se entiende como emanación de un *derecho inherente a la persona humana*. Por el contrario, el fundamento de la cosa juzgada se reivindica como campo particular del derecho procesal del estado, según la primera de las teorías estudiadas. Y, de acuerdo con la última, la cosa juzgada se manifiesta en la configuración directa por la sentencia de relaciones jurídicas sin ser ella misma, aparte de forjadora de relaciones jurídicas, derivada de un supuesto *derecho inherente a la persona humana*.

En la consideración normativa, la cosa juzgada, la sentencia se contempla como norma individual y el problema de la cosa juzgada se plantea en términos de su vigencia en el tiempo, concretándose en la prohibición existente para ciertos casos de la derogación de esta especie de norma individual judicial por otras normas posteriores, con el objetivo de garantizar la estabilidad jurídica del sistema. La prohibición aquí tampoco obedece a un pretendido *derecho inherente a la persona* sino a una norma positiva que establece la prohibición derogatoria y de esta manera fundamenta la cosa juzgada.

Las teorías modernas se ocupan de justificar la figura a partir de su expresa consagración legal y de criterios prácticos de conveniencia general inspirados en la necesidad de mantener los valores de certeza jurídica y paz social.

La excepción de cosa juzgada, según lo dispuesto en el artículo 97 del C.P.C.⁴², es de aquellas denominadas mixtas y, por consiguiente, puede ser formulada como previa o de fondo (mérito), lo cierto es que en tratándose de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el juez sólo cuenta con la posibilidad de estudiar, analizar y decidir las excepciones que sean alegadas por las partes o las que encuentre probadas de oficio, al momento de proferir la respectiva sentencia; En materia de lo contencioso administrativo, el juez sólo puede declarar cualquier tipo de excepción -como la cosa juzgada-, en la sentencia judicial, según lo disponen los artículos 164 y 170 del C.C.A.⁴³

42 Artículo 97.- Limitaciones de las excepciones previas y oportunidad para proponerlas.
“(…) También podrán proponerse como previas las excepciones de cosa juzgada, transacción y caducidad de la acción.”

43 Artículo 164.- Excepciones de fondo. En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos.
“En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el

Las consideraciones para establecer la cosa juzgada internacional, se basan en:

Crímenes contra la humanidad: En casos de violaciones graves a los derechos humanos la Corte ha tomado en cuenta, en el análisis de fondo, que tales violaciones pueden también ser caracterizadas o calificadas como crímenes contra la humanidad, por haber sido cometidas en contextos de ataques masivos y sistemáticos o generalizados hacia algún sector de la población⁴⁴, a efectos de explicitar de manera clara los alcances de la responsabilidad estatal bajo la Convención en el caso específico y las consecuencias jurídicas.

Vale la pena aclarar que la Corte no realiza, de ningún modo, una imputación de un delito a persona natural alguna. En este sentido, las necesidades de protección integral del ser humano bajo la Convención han llevado a la Corte a interpretar sus disposiciones por la vía de la convergencia con otras normas del derecho internacional⁴⁵, particularmente en lo relacionado con la prohibición de crímenes contra la humanidad, que tiene carácter *jus cogens*, sin que ello pueda implicar una extralimitación en sus facultades, pues, se reitera, con ello respeta las facultades de las jurisdicciones penales para investigar, imputar y sancionar a las personas naturales responsables de tales ilícitos. Lo que la Corte hace, de acuerdo con el derecho convencional⁴⁶ y el derecho consuetudinario, es utilizar la terminología que emplean otras ramas del Derecho Internacional con el propósito de dimensionar las consecuencias jurídicas de las violaciones alegadas *vis-à-vis* las obligaciones estatales.

11. BIBLIOGRAFÍA

Bugnion François "El derecho de Ginebra y el derecho de La Haya".
Revista Internacional de la Cruz Roja N° 844 31-12-2001

fallador encuentre probada.

"El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la reformatio in pejus."

Artículo 170.- La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, los organismos de lo contencioso administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas."

44 Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrafo. 94 a 96 y 98 a 99.*

45 Caso de la *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, supra nota 22, párr. 115.*

46 Artículo 33.3.c. de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.*

12. SENTENCIAS

- Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-295 de 1993 M.P. Carlos Gaviria Díaz
- Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-225 de 1995 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero
- Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-127 de 1993 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero
- Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-574 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional Colombia. C-191 de 1998
- Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-225 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-177 de 2001 M.P. Fabio Morón Díaz .
- Corte Constitucional sentencia C-088 de 1993 M.P. Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional Sentencia C-574de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón
- Corte Constitucional Sentencia C-832 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil
- Corte Constitucional Sentencia C-043 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra
- Consejo de Estado Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente (E): MAURICIO FAJARDO GOMEZ Bogotá D. C., doce (12) de mayo de dos mil diez (2010), Radicación número: 54001-23-31-000-1993-07888-01(36144
- Consejo de Estado Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR Bogotá, D.C., veintisiete (27) mayo de dos mil nueve (2009) Radicación número: 76001-23-31-000-1996-03846-01(15186)

- Consejo de Estado Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá, D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil siete (2007) Radicación número: 05001-23-31-000-1998-02290-01(29273)
- Consejo de Estado. Sala de lo contenciosos administrativo. Sección tercera. Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. Bogotá, D.C., veintisiete (27) mayo de dos mil nueve (2009). Radicación número: 76001-23-31-000-1996-03846-01(15186)
- Consejo de Estado. Sala de lo contenciosos administrativo. Sección tercera. Consejero ponente ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá, D. C, veinte (20) de febrero de dos mil ocho (2008). Radicación número: 76001-23-25-000-1996-04058-01(16996).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Sentencia de 7 de julio de 2009.
- Corte Interamericana. Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia de reparaciones del Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 22 de febrero de 2002.
- Corte Interamericana. Caso Aloeboetoe y otros, Sentencia de Reparaciones,
- Corte Interamericana. Caso masacre de pueblo Bello.
- Corte Interamericana. Caso Las Palmeras. Vs. Colombia. Sentencia del 6 de diciembre de 2001.

13. REVISTAS

- ACOSTA LÓPEZ Juana Inés y BRAVO RUBIO Diana. El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la corte interamericana de derechos humanos: énfasis en la experiencia colombiana *International Law: Revista Colombiana de derecho Internacional*, ISSN 1692-8156, N°. 13, 2008.
- **DELGADO AZAR iliana**, “Prácticas culturales, actores no estatales y el paradigma del Estado en la realización de los derechos humanos”. *Fundamentos en Humanidades* N°. 17, 2008, ISSN 1515-4467.

- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA Eduardo, "Introducción al problema de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno", separata de la Revista Jurídica, Buenos Aires, 1962, Págs 1-111
- RUBIO LLORENTE, Francisco, "Bloque de constitucionalidad", Revista Española de Derecho Constitucional, año 9, número 27, septiembre-diciembre 1989.
- SWINARSKI. Christophe, Direito Internacional Humanitario. Sao Paulo: Revista dos tribunais, 1990 pp 30- 31.
- VALCÁRCEL TORRES Juan Manuel. "Responsabilidad internacional del Estado colombiano por violaciones al Derecho Internacional Humanitario". Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho, ISSN 0121-182X, Vol. 9, N°. 18, 2006

14. LEYES

- Constitución Política, editorial Leyer. 2009.
- Código Contencioso Administrativo, Editorial Temis, agosto de 2010
- Congreso de la Republica de Colombia. Ley 16 de 1972. Diario Oficial No 33.780, del 5 de febrero de 1973.
- Congreso de la Republica de Colombia. Ley 288 de 1996 Diario Oficial No. 42.826, de 9 de Julio de 1996
- Congreso de la Republica de Colombia. Ley 446 de 1998 Diario Oficial No. 43.335 de 8 de julio de 1998
- Congreso de la Republica de Colombia. Ley 975 de 2005 Diario Oficial No. 45.980 de 25 de julio de 2005
- Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.** Aprobado mediante la Resolución N° 447 adoptada por la Asamblea Generalde la OEA en su noveno período ordinario de sesiones, celebrado enLa Paz, Bolivia, octubre de 1979.

Este libro fue impreso por Agencia Imperial
II Congreso de Derecho Procesal Constitucional
Volumen II Tomo 1
Marzo de 2010