Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano

17.º año

Anuario 2011

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano

2011

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano

2011

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano

Publicación anual del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

Se especializa en derecho constitucional y publica también artículos relativos a otras ramas del derecho, tales como el derecho procesal constitucional, el derecho administrativo, derechos y garantías individuales, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de la integración.

Estos temas constituyen, además, los ejes del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la entidad editora, la Fundación Konrad Adenauer.

El *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* tiene como objetivo difundir trabajos de investigación de autores latinoamericanos y pretende lograr una distribución equitativa de temas y de nacionalidades de los autores.

Los artículos que se publican deben ser inéditos y de contenido científico. Se destina asimismo un espacio para el análisis de jurisprudencia relevante en materia constitucional.

Esta publicación se distribuye gratuitamente, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

© 2011 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.
Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (#49-30) 269 96 453
Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER,
OFICINA URUGUAY
Plaza de Cagancha 1356, oficina 804
11100, Montevideo
Uruguay
Tel.: (#598) 2902 0943/ -3974
Fax: (#598) 2908 6781
e-mail: ius.montevideo@kas.de
www.kas.de

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER
OFICINA MÉXICO
Río Guadiana N.º 3
Col. Cuauhtémoc
06500, México, D.F.
México
Tel. (#52 55) 5566 45 99
Fax (#52 55) 5566 44 55
kasmex@kas.de

Editor responsable
Christian Steiner

Coordinación académica
Agustina González Grucci

Coordinación editorial
Manfred Steffen

Asistencia
Alejandro Coto

Corrección de estilo
María Cristina Dutto (español)
Paulo Baptista (portugués)

Traducción
Paulo Baptista (portugués)
Dieter Schonebohm (alemán)
Lucía Colombino (inglés)

Corrección de traducciones
Ulrike Sadewasser (alemán)

Asignación de palabras clave
María Arigón, Ana Gil, Rita Grisolia

Diseño de maqueta
Taller de Comunicación

Diseño original de tapa
Manuel Carballa

Paginación, impresión y encuadernación
Mastergraf srl
Gral. Pagola 1823 - Tel. 2203 47 60
11800 Montevideo, Uruguay
e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito legal - Comisión del Papel
Edición amparada al Decreto 218/96

ISSN 1510-4974

Impreso en Uruguay – Printed in Uruguay

Correspondencia, contribuciones,
solicitudes de canje o donación

e-mail: ius.montevideo@kas.de

El *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* está registrado en el Directorio Latindex y se encuentra disponible a texto completo en las siguientes páginas web:

Fundación Konrad Adenauer
‹http://www.kas.de/uruguay/es/publications/20306/›

Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México
‹http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cont.htm?r=dconstla›

Índice

Prólogo 9

I. Derecho constitucional

- Pablo Andrés Bonilla Hernández (Guatemala)
  Breves apuntes jurisprudenciales y de derecho comparado en torno al control de constitucionalidad de los tratados internacionales 15

- Juan Carlos Dueñas Muñoz (Bolivia)
  La interpretación prejudicial, ¿piedra angular de la integración andina? 29

- Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México)
  La Suprema Corte de Justicia de México como legislador positivo 59

- Claudio Nash Rojas y Catalina Milos Sotomayor (Chile)
  Estado social y democrático de derecho en Chile: tan cerca y tan lejos 79

- María Teresa Queirolo Finkelstein (Chile)
  El abogado de turno. Un sistema inconstitucional de trabajo forzoso 101

- Martín Risso Ferrand (Uruguay)
  El debido proceso en la Constitución uruguaya 117

II. Derecho procesal constitucional

- Oscar G. Barrientos Jiménez (Bolivia)
  El diseño de la justicia constitucional plurinacional: sugerencias para la implementación del Código de Procedimientos Constitucionales 141

- Víctor Bazán (Argentina)
  Perspectivas del control jurisdiccional sobre las omisiones inconstitucionales en Argentina 157

- Délton Winter de Carvalho (Brasil)
  Legitimação e instâncias constitucionais para o gerenciamento dos riscos ambientais no ordenamento jurídico brasileiro 179

- Francine Machado de Paula (Brasil)
  A inconstitucionalidade do exame criminológico como requisito para a concessão da progressão de regime prisional 193

- César Landa (Perú)
  El proceso de amparo en América Latina..... 207

III. Derechos y garantías individuales

- Hidemberg Alves da Frota e Fernanda Leite Bião (Brasil)
  O dano ao projeto de vida: uma leitura à luz do humanismo existencial e do direito comparado 229

- Gilbert Armijo (Costa Rica)
  La tutela de los derechos humanos por la jurisdicción constitucional, ¿mito o realidad?..... 243

- Rafael Caselli Pereira (Brasil)
  O direito fundamental à boa administração pública e o problema da epidemia do mosquito da dengue no Brasil 263

- Ana Maria D'Ávila Lopes (Brasil)
  El derecho fundamental de los indígenas brasileños a la tierra..... 275

- Gustavo García Fong (Guatemala)
  Las formas de intervención y la protección constitucional de las lenguas y de los grupos lingüísticos en sociedades multilingües. Un análisis en el derecho comparado..... 291

- César Augusto Orrego Azula (Perú)
  Principio de publicidad y el sistema de excepciones al derecho de acceso a la información pública en el Perú 315

IV. Democracia y Estado de derecho

- Horacio Andaluz Vegacenteno (Bolivia)
  La posición constitucional del Poder Judicial..... 343

- Jesús M. Casal (Venezuela)
  ¿De la Constitución nominal a la Constitución fachada? Reflexiones a partir de la evolución constitucional venezolana 361

- Wilson Engelmann (Brasil)
  As nanotecnologias e os novos direitos:
  A (necéssaria) revisão da estrutura das fontes do direito 383

- Roberto Islas Montes (México)
  Principios jurídicos 397

- Norbert Lösing (Alemania)
  Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho 413

- Têmis Limberger e Jânia Maria Lopes Saldanha (Brasil)
  A efetivação do direito à saúde e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro:
  Novas metodologias e institutos processuais democratizando a jurisdição constitucional 429

- Pedro Martínez Ruano (España)
  Los modelos latinoamericanos y europeos de control electoral..... 451

- Leonardo Martins e Thiago Oliveira Moreira (Brasil)
  Constitucionalidade e convencionalidade de atos do poder público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira 463

- Rudolf Mellinghof (Alemania)
  Los tribunales constitucionales entre la autolimitación judicial y la injerencia político-constitucional 485

- Ruitemberg Nunes Pereira (Brasil)
  Pluralizando as cortes superiores no Brasil:
  a proposta do mandato para juízes..... 503

- Néstor Pedro Sagüés (Argentina)
  Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales..... 527

Instrucciones para la presentación de los trabajos..... 543

Prólogo

El Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer tiene el agrado de presentar la edición 2011 de su Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. El estudio, desarrollo y fomento de esta rama del derecho en los países de América Latina representan, desde los inicios de nuestras actividades, un elemento fundamental para el desarrollo de la vida democrática y, por ende, la realización de los ideales de libertad, justicia y solidaridad que guían el trabajo de la Fundación en todo el mundo.

América Latina se encuentra en "momentos constitucionales" diversos; sería imposible pretender homogeneizar las diversas estructuras jurídicas constitucionales y referirse a una sola cultura jurídica constitucional latinoamericana en términos de instituciones, textos y derechos consagrados en las Cartas Magnas. Sin embargo, sí es posible afirmar que el derecho constitucional, y particularmente la justicia constitucional, han sufrido fuertes convulsiones durante los últimos años. Las sociedades latinoamericanas exigen, cada vez más, un mayor grado de efectividad de sus derechos consagrados en las Constituciones. La inserción en los textos constitucionales de un amplio catálogo de derechos, aunque necesaria e importante, difícilmente nos permite percibir con inmediatez el grado de efectividad. Parecería que todo apunta a una transformación del imaginario a la materialización, un cambio garantista que permita desplegar todo el cúmulo de disposiciones teóricamente perfectas hacia la ejecución igualmente perfecta. Es justamente en esta sed de materialización garantista que el derecho constitucional de América Latina encuentra sus mayores coincidencias.

Por una parte, es importante resaltar el movimiento de reformas constitucionales en algunos Estados, el cual está tendiendo los puentes indispensables para la recepción nacional de la jurisdicción internacional, y subrayar de igual manera la tendencia actual hacia la recepción en el orden interno, de una manera cada vez más clara y completa, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La fuente garante de los derechos humanos no se encuentra más exclusivamente en los ordenamientos constitucionales; se encuentra también en las garantías ampliadas del sistema internacional de los derechos humanos y, por supuesto, en el sistema interamericano de derechos humanos. Desde luego, no es que los catálogos de derechos humanos de algunas Constituciones no contemplen de forma "suficiente" o acabada la totalidad de los derechos, sino que los mecanismos de efectividad se van cercando, y

tanto los tribunales nacionales como la Corte Interamericana asumen cada vez más la existencia de tareas compartidas hacia el pináculo garantista.

Por otro lado, en muchos ordenamientos el juez constitucional está considerado como el principal defensor de la Constitución y de los derechos en ella recogidos. Ello permite comprender la autoridad de la que son envestidos en el Estado democrático estos tribunales.

Paradójicamente estos órganos, si bien no son elegidos democráticamente en términos de sufragio y principios de representatividad del Estado republicano, tienen un papel crucial en la consolidación del Estado democrático: a) la existencia de una justicia constitucional efectiva, independiente e imparcial es un elemento esencial de la garantía de libertad y de los demás derechos fundamentales, y b) hay una aportación indispensable de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales en la ampliación y en la generalización de los derechos fundamentales, pues recordemos que esta constituye un espejo emblemático de la realidad social, de sus contradicciones y de sus transformaciones.

En muchos ordenamientos existe una clara contradicción entre la lectura del texto constitucional y el nivel real de democracia del sistema y de la libertad ciudadana. Sin embargo, cuando un juez constitucional decide sobre un recurso, si bien emite una decisión sobre un caso particular, al mismo tiempo, al suministrar una determinada interpretación, introduce una regla general que puede actuar como precedente. El derecho constitucional eficaz y dinámico se compone no tanto por las disposiciones abstractas codificadas en los catálogos de las Constituciones como por las normas concretas que se derivan de la interpretación y de la aplicación en concreto que los jueces han dispuesto.

Los jueces constitucionales cumplen con una misión un tanto educativa para la democracia, pues tienen una posición privilegiada en la instauración de la cultura de los derechos fundamentales, de hacer palpable ante la opinión pública el significado y el valor de las disposiciones constitucionales en materia de derechos. No cabe duda de que los tribunales constitucionales, en virtud de la autoridad que deriva de su naturaleza, contribuyen de forma determinante al reforzamiento de la conciencia social por lo que respecta a la importancia esencial de los derechos de cara a la existencia del Estado democrático de derecho.

En particular es importante el papel que los jueces constitucionales ejercen en la modernización y en la democratización del ordenamiento jurídico cuando los países se encuentran en fases de transición. El primer caso se presenta cuando sobre los vestigios de un ordenamiento totalitario se instauran nuevas constituciones inspiradas en los valores del Estado democrático de derecho. En el segundo caso los países no tienen que construir sobre cenizas (pensemos que los catálogos constitucionales no son estáticos sino que pueden ponerse al día sin que sea necesaria una revisión formal del texto), pero se enfrentan al reclamo social garantista, el cual refleja un hambre de cambio que busca su alimento precisamente en las disposiciones de los textos constitucionales.

En ambos casos la garantía es parte esencial, resulta la condición indispensable para la existencia de un derecho. Los tribunales deben promover una cultura de legalidad

que tenga como cimiento los valores de la justicia constitucional. Además deben tomar el pulso social y otorgar "estímulos" desde el momento en que no solo renuevan el ordenamiento jurídico, eliminando las disposiciones contrarias a la Constitución, sino que también convierten en ilegítimos los actos de los poderes públicos que lesionan los nuevos principios en materia de derechos fundamentales.

Con toda certeza América Latina se encuentra, una vez más, en momentos de transición que agitan las estructuras constitucionales. El derecho constitucional y sus tribunales, así como el sistema interamericano de derechos humanos, se enfrentarán de forma cada vez más evidente al reclamo social garantista de sociedades multiculturales étnica, económica, política y socialmente. Estas alteraciones deben ser vistas como oportunidades históricas para la consolidación material de los valores de los estados democráticos de derecho a que aspiran las naciones americanas.

Con las aportaciones de destacados juristas en la región, la decimoséptima edición del Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano busca dar a conocer los avances más significativos a partir de cuatro ejes temáticos: Derecho constitucional, Derecho procesal constitucional, Derechos y garantías individuales, y Democracia y Estado de derecho. De igual modo buscamos que el Anuario constituya un acervo que permita evidenciar la evolución de la cultura legal constitucional en los países latinoamericanos. Las aportaciones científicas aquí compiladas pretenden dar una perspectiva regional de la forma en la que la consolidación democrática, a través de la justicia constitucional, avanza o (aunque nos cueste admitirlo) retrocede en formas y caminos muy diversos, como diversos son los países de esta América Latina en la que conjuntamente actuamos para fortalecer la democracia, el Estado de derecho y el respeto efectivo a los derechos humanos.

Queremos expresar nuestro agradecimiento a los autores que, una vez más, pusieron a disposición sus trabajos inéditos. Esperamos que la obra que el lector tiene en sus manos sirva como referente para todos los que forman parte de la cadena jurídica en cualquier latitud, dentro y fuera del continente americano.

Gisela Elsner
Directora de la Oficina Regional en Montevideo

Dr. Christian Steiner
Director de la Oficina en México D.F.

I. Derecho constitucional

- Pablo Andrés Bonilla Hernández (Guatemala)
  Breves apuntes jurisprudenciales y de derecho comparado en torno al control de constitucionalidad de los tratados internacionales

- Juan Carlos Dueñas Muñoz (Bolivia)
  La interpretación prejudicial, ¿piedra angular de la integración andina?

- Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México)
  La Suprema Corte de Justicia de México como legislador positivo

- Claudio Nash Rojas y Catalina Milos Sotomayor (Chile)
  Estado social y democrático de derecho en Chile: tan cerca y tan lejos

- María Teresa Queirolo Finkelstein (Chile)
  El abogado de turno. Un sistema inconstitucional de trabajo forzoso

- Martín Risso Ferrand (Uruguay)
  El debido proceso en la Constitución uruguaya

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, PP. 15-27, ISSN 1510-4974

Pablo Andrés Bonilla Hernández (Guatemala)*

Breves apuntes jurisprudenciales y de derecho comparado en torno al control de constitucionalidad de los tratados internacionales

RESUMEN

El artículo aborda de forma breve el tema del control de constitucionalidad de los tratados internacionales en sus dos modalidades: preventivo y correctivo. Asimismo analiza las respuestas que pueden gestarse en torno a la adopción de un control correctivo, el empleo de un control preventivo y las perspectivas desde las cuales opera cada uno, para finalmente formular conclusiones, con el apoyo de la jurisprudencia y el derecho comparado.

Palabras clave: ordenamiento jurídico nacional, tratados internacionales, control de constitucionalidad, jurisdicción constitucional, derecho comparado, jurisprudencia.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel befasst sich zunächst kurz mit der Frage der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von internationalen Verträgen in ihren beiden Formen: präventiv und korrigierend. Anschließend geht er auf die Antworten ein, die sich aus der korrigierenden bzw. der präventiven Kontrolle ergeben, sowie auf die Perspektive, aus der die beiden erfolgen, und formuliert abschließend, gestützt auf Rechtsprechung und vergleichende Rechtswissenschaft, einige Schlussfolgerungen.

Schlagwörter: nationale Rechtsordnung, internationale Verträge, Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit, Verfassungsgerichtsbarkeit, Rechtsvergleichung, Rechtsprechung.

ABSTRACT

This paper deals briefly with the constitutionality control of international treaties, in its preventive and corrective forms. It analyses the possible reactions to the adoption of corrective control, the implementation of preventive control and their respective ways of operating. After reviewing jurisprudence and comparative law, some conclusions are drawn.

---

* Abogado y notario egresado de la Jornada Matutina de la Universidad de San Carlos de Guatemala (USAC). ‹justiciaconstitucionalguate@gmail.com›

Keywords: national legal system, international treaties, constitutionality control, constitutional jurisdiction, comparative law, jurisprudence.

1. Introducción

Para que un tratado internacional pueda nacer a la vida jurídica dentro de determinado ordenamiento estatal (y fuera de él, en el ámbito internacional) es necesario que el Estado que busque obligarse manifieste su consentimiento, previo agotamiento de los procedimientos que su derecho interno le requiera. Dichos procedimientos se verifican al momento de aprobar esos tratados internacionales.

En algunos países, únicamente se requiere aprobación por el Legislativo, en caso de que el contenido y los alcances del tratado internacional (en adelante TI) sean de trascendencia. Dicha aprobación requiere la emisión de una ley por el Poder Legislativo, a través de la cual se habilita la adopción, dentro del derecho interno, del tratado en cuestión. Según esta dinámica operan, a guisa de ejemplo, España,[1] Francia,[2] Costa Rica,[3] Venezuela,[4] Perú,[5] Alemania,[6] Italia,[7] Guatemala[8] y Ecuador.[9] En otros países, como México,[10] Argentina[11] o Chile,[12] todos los tratados internacionales requieren aprobación previa del Poder Legislativo mediante la emisión de la ley respectiva.

La ley aprobatoria del TI es precisamente eso: ley, disposición jurídica o precepto legal; pero está *labrada* con notas distintivas propias. Es, pues, una normativa jurídica especial o *sui generis*, ya que se limita a aprobar el TI. Como tal —y en coherencia con la unidad del orden jurídico, independientemente de la jerarquía normativa que se le atribuya al tratado internacional *per se*—, no por ser especial deja de ser susceptible de ocupar un peldaño dentro del escalafón jurídico normativo.

Como Hans Kelsen ya anticipaba en 1929, al reducirse el TI dentro del esquema jurídico a normativa jurídica, pareciera entonces que nada obsta para que, en defensa de la supremacía de la Constitución, dicho tratado pueda ser sujeto de un control de constitucionalidad, al igual que podría serlo cualquier otro tipo de ley o precepto legal; evidentemente esto operaría en el supuesto de que el TI entrara en colisión con la Constitución misma.[13]

---

[1] Artículo 94 de la Constitución Política de España.
[2] Artículo 53 de la Constitución Política de Francia.
[3] Artículo 7 de la Constitución Política de Costa Rica.
[4] Artículo 154 de la Constitución Política de Venezuela.
[5] Artículo 56 de la Constitución Política de Perú.
[6] Artículo 59, inciso 2, de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.
[7] Artículo 80 de la Constitución Política de Italia.
[8] Artículo 171, literal *i*, de la Constitución Política de Guatemala.
[9] Artículo 161 de la Constitución Política de Ecuador.
[10] Artículo 76 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
[11] Artículo 75 de la Constitución de la Nación de Argentina.
[12] Artículo 51, numeral 1, de la Constitución Política de la República de Chile.
[13] Véase Hans Kelsen: *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, México: Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, 2001, pp. 65 ss.

El presente trabajo discurre al respecto.

Se analizarán en un primer momento las diferencias en la dinámica y los efectos en los cuales opera el control previo o preventivo, frente a los propios del control reparador o correctivo. Acto seguido se empleará el derecho comparado, como instrumento de cotejo en cuanto a las modalidades indicadas y adoptadas en distintos Estados, de conformidad con los preceptos legales y constitucionales de cada país, aunando a esto la jurisprudencia respectiva de cada uno de ellos. Finalmente se desgajarán sintéticamente los argumentos a favor y en contra de la funcionalidad jurídica de un control de constitucionalidad de tipo correctivo.

2. El control de constitucionalidad sobre los TI

Actualmente el control de constitucionalidad sobre los tratados internacionales supone el ejercicio de la jurisdicción constitucional a fin de hacer valer la supremacía constitucional, al momento que en sede judicial[14] (concentrada o difusa) se realiza un juicio de compatibilidad entre la disposición normativa internacional y el ordenamiento jurídico interno. Este control puede ser, o bien *a priori*, previo o también denominado *preventivo,* o bien de forma correctiva, reparadora o *a posteriori*.

El control preventivo se ejerce *antes* de que el tratado internacional surta efectos dentro del ámbito jurídico estatal del Estado obligado; de forma precisa, antes de que se manifieste la voluntad del sujeto internacional en obligarse por dicho instrumento internacional y perfeccionarlo a través de un canje de notas o el depósito del instrumento de ratificación. Por ello, su adopción y validez dentro de un contexto jurídico interno y supranacional (léase internacional) no corre la suerte de dar pie a exhaustivas polémicas o discusiones, ya que, tal como se ha dicho, al ejercitarse preventivamente y no estar manifestado aún el consentimiento del Estado, este no corre la suerte de estar aún comprometido, y, como natural corolario, tampoco puede entonces incurrir en responsabilidad internacional.[15]

El control correctivo, reparador o *a posteriori* se produce al momento en que, si bien el tratado internacional ya se encuentre incorporado con plena validez dentro del orden jurídico estatal (y por lo tanto con pleno vigor), el texto o alguna de sus disposiciones choca, colisiona o confronta con la normativa suprema, en cuyo caso el órgano jurisdiccional pertinente debe preferir la normativa constitucional, dejando sin efecto total o parcialmente el TI (atacando la ley que lo aprueba), ya sea expulsándolo del ordenamiento jurídico interno o bien inaplicándolo en determinado caso concreto. Ambos supuestos constituyen de cualquier manera una crasa violación al

[14] Naturalmente, esto obedece a la construcción y el esquema que nace derivado de un sistema de control constitucional de tipo judicialista, aunque no debe perderse de vista que los tratados internacionales pueden también ser sujetos de control en un sistema de tipo antijudicialista; tal es el caso de Francia a través de su Consejo Constitucional (control preventivo o previo). Véase el artículo 54 de la Constitución Política de Francia.

[15] Respecto a la responsabilidad internacional en esta materia se sugiere ver José Luis Vallarta Marrón: *Derecho internacional público,* México: Porrúa, 2006, pp. 221-232.

tratado internacional, al orden jurídico internacional y, se ha llegado a afirmar, a los principios generales del derecho.[16] Por eso, el ejercicio del control correctivo naturalmente se tendrá que materializar (e incluso legitimar) dentro de la dinámica propia del orden jurídico interno bajo el cual obra el aparato estatal, y no dentro del ámbito de los principios y directrices propios del derecho internacionalmente reconocido.

La problemática se centra ahora aquí, principalmente, en cuanto a la validez del ejercicio de este tipo de funciones cuando son realizadas por un tribunal constitucional formal o materialmente constituido.

2.1. Respecto al control previo de los TI en el derecho comparado

En *Colombia,* siguiendo la última jurisprudencia sobre la materia (sentencia C-276, del 22 de julio de 1993), se sostuvo que los tratados internacionales ratificados por Colombia antes de la vigencia de la nueva Constitución Política de 1991 y que fuesen contradictorios con esta deberían ser renegociados, reformados o bien denunciados por el Poder Ejecutivo. Sin embargo, todos aquellos posteriores a la entrada en vigor de la nueva Carta Magna no podrían ser sujetos a un control correctivo, al estar excluida la posibilidad de uso de este tipo de control. Ello deriva del hecho de estar previsto explícita y únicamente por mandato constitucional *el control previo, automático e integral* de los tratados internacionales, tras la ratificación del Ejecutivo.[17]

Y es que, en efecto, el control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia es reconocido por la doctrina y la jurisprudencia con carácter previo (antes de que el tratado sea incorporado al derecho nacional), automático (después de que la ley sea sancionada por el Ejecutivo) e integral (estudia la compatibilidad del contenido material del tratado, los aspectos formales que debe guardar la ley aprobatoria y la competencia ejercida para celebrarlo y suscribirlo).

En *Chile,* a luz de lo preceptuado en su nueva Constitución del año 2005, artículo 93, numeral 1, actualmente se reconoce un control previo, pero no obligatorio (salvo que el caso afecte normas de la ley orgánica constitucional).

Jurisprudencialmente, ya en la resolución 288 de 1999 del TC, considerando 14, se establecía: "[…] después de la ratificación formal, el Estado se encuentra obligado a respetar sus cláusulas".[18]

Sin embargo, antes del 2005 también hubo fallos judiciales en los cuales se permitía la aplicación de un control correctivo; verbigracia, la sentencia del Tribunal

---

[16] Véanse en esta materia los excelentes apuntes de Víctor Bazán: "La tarea de control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales por la jurisdicción constitucional. Un análisis en clave de derecho comparado", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2001,* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2001, pp. 111 ss.

[17] Hernán Alejandro Olano García: "Control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia", en *Revista de Estudios Constitucionales,* 2006, Santiago de Chile, p. 557.

[18] Al respecto véase Humberto Nogueira Alcalá: "La ampliación del control de las competencias de constitucionalidad del Tribunal Constitucional chileno", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* n.º 6, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2006, p. 281.

Constitucional 346, del 6 de abril del 2002 (considerando 69), pronunciada en torno a la suscripción y posible incorporación del Tratado de Roma sobre la Corte Penal Internacional.[19] Doctrinariamente (aunque no ha sido del todo pacífico), se estimaba que, en casos concretos, mediante el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, se podía ejercer un control constitucional represivo de los tratados internacionales. Sin embargo, de conformidad con la nueva Constitución del año 2005, al modificarse el texto constitucional también se modificó el control, que desde entonces es previo pero no obligatorio, salvo, como se ha dicho, que afecte normas de la Ley Orgánica Constitucional.[20]

En *España* el control previo se virtualiza de conformidad con el artículo 95, numerales 1 y 2:

> La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. Pudiendo el Gobierno o cualquiera de las Cámaras requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.

Además, de conformidad con el artículo 96, inciso 1, de su Constitución:

> Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.

En España, al día de hoy, en dos ocasiones se ha hecho uso de esta vía de control por el Tribunal Constitucional. En la primera, mediante la declaración 1/1992, concluyó que España solo podía integrar el Tratado de Maastricht si previamente se reformaba el artículo 13.2 de la Constitución (cosa que se hizo en agosto de 1992). Y en la segunda, mediante la declaración 1/2004, manifestó que no hacía falta modificar la Constitución para incorporar el Tratado Constitucional de la Unión Europea. Este control es de la exclusiva competencia del pleno.

En *Venezuela* se admite constitucionalmente la existencia de un examen judicial previo, el cual corresponde exclusiva y excluyentemente a la Sala Constitucional (artículo 336.5 de la Carta Fundamental), a petición del presidente o la presidenta de la República o de la Asamblea Nacional.

En *Costa Rica,* de conformidad con el artículo 10, literal *b,* de su Constitución Política, existe un control preventivo no obligatorio, al facultársele conocer de las consultas sobre aprobación de convenios o tratados internacionales.

---

[19] Ana María García Barzelatto: "Informe en derecho. Control de constitucionalidad de los tratados internacionales con especial referencia al control represivo", en *Revista de Estudios Constitucionales,* Santiago de Chile, 2007, pp. 471-472.

[20] Ibídem, pp. 473 ss.

En *Guatemala,* la Constitución Política de la República, en su artículo 272, literal *e,* permite, entre las atribuciones delegadas a la Corte de Constitucionalidad, que esta emita "opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado".

2.2. El control correctivo sobre los tratados internacionales en el derecho comparado

En Colombia, en 1993, el Tribunal Constitucional de entonces, mediante la sentencia C-027, estudió la compatibilidad del concordato suscrito por la República de Colombia y la Santa Sede el 12 de julio de 1973, el cual fue incorporado al ordenamiento jurídico mediante ley aprobatoria número 20, de 1974.[21] Esta normativa evidentemente cobró vigor antes de la promulgación de la Constitución de 1991, la cual, como se ha señalado, no permite sino un control de tipo previo, automático e integral.

En la consideración séptima del fallo judicial, se adujo que la Carta Magna no autorizaba al Tribunal Constitucional a abstenerse de pronunciar la inexequibilidad de un tratado que, aun perfeccionado, violara los postulados fundamentales que estructuran la organización jurídico-política e ideológica del Estado colombiano. Se estimó jurídicamente factible ejecutar un control reparador, pero únicamente en relación con los tratados internacionales vigentes en el país que hubiesen sido suscritos antes de la emisión de su nueva carta política.

Dicho criterio fue modificado a luz de lo establecido en la sentencia C-276, del 22 de julio de 1993, cuya ponencia estuvo a cargo del profesor Vladimiro Naranjo Mesa. El Tribunal Constitucional cambió la jurisprudencia anterior al considerar que entraba en prerrogativas no debidas, por cuanto podría equipararse a una intromisión en lo que corresponde por naturaleza jurídica a la rama ejecutiva. Añadió al razonamiento que, aunque al TC la Carta Política le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, eso no debe interpretarse de manera absoluta, pues debe recordarse que, a renglón seguido, la norma constitucional que le otorga dicha facultad le señala límites perentorios.[22]

Y es que, en efecto, y adelantándonos en nuestras conclusiones, en el caso de Colombia no parece razonable el empleo de un control correctivo sobre los tratados internacionales, ya que el artículo 9 de la Carta Magna indica con toda claridad que son parte del fundamento de las relaciones exteriores del Estado la soberanía nacional, el respeto a la autodeterminación de los pueblos *y el reconocimiento de los principios de derecho internacional*[23] *aceptados por Colombia*. Asimismo, de conformidad con el artículo 241, no obstante ser el Tribunal Constitucional garante de la integridad y supremacía de la Constitución, se encuentra limitado en su ejercicio por los términos y restricciones establecidos en ese mismo artículo. Esa normativa indica, como

[21] Olano García: o. cit., p. 568.

[22] Al respecto véanse los comentarios sugeridos por Olano García: o. cit., pp. 575 ss.

[23] Entre ellos, el de *pacta sunt servanda* y el de *buena fe* (artículos 27 y 28 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

brillantemente expone el TC a renglón seguido, en el inciso 10, un plazo perentorio para ejercer dicho control de constitucionalidad, que opera únicamente de forma previa, obligatoria e integral *antes* de que el tratado mismo sea perfeccionado en el ámbito internacional; es decir, antes de que el Estado manifieste el consentimiento mediante el depósito del instrumento de ratificación o el canje de notas.

Similar al caso de Colombia, en *Chile* ha quedado prácticamente zanjada la posibilidad de emplear un control correctivo, no solo a luz de la diferenciación textual y puntual que el constituyente realiza con relación a las normas convencionales (que ya no encuadran dentro de la categoría de precepto legal), sino porque el propio numeral 1 del artículo 54, que es un calco de la disposición constitucional española (en su artículo 96, numeral 1), dispone categóricamente:

> Las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados internacionales o de acuerdo a las normas generales del derecho internacional.

De esta manera se constitucionaliza el derecho internacional en materia de derecho de los tratados.

En *México* nada establece la Constitución Política respecto al posible uso de un control previo sobre tratados internacionales, y en la práctica tampoco tenemos conocimiento de que se haya ejercido. Actualmente, en todo caso, para ejercitar un control constitucional sobre los tratados internacionales, las únicas vías procesales que podrían ser utilizadas serían la acción o el proceso constitucional de inconstitucionalidad, que puede solo solicitarse por los sujetos legitimados y siempre que sea dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la publicación de la norma que ratifica el tratado (artículo 105, numeral II, de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos), o bien mediante la incoación de un proceso de amparo contra leyes, el cual sí puede ser empleado por cualquier persona que sea afectada en un caso concreto, por contravenir la norma convencional algún derecho que el accionante se atribuya (artículo 107, numeral VII, del mismo cuerpo legal). No obstante, ambas vías procesales siempre serían *a posteriori,* lo que implicaría el uso de un control constitucional de tipo correctivo, que en todos los casos comprometería la responsabilidad internacional del Estado.

En la jurisprudencial del antiguo TC de *Bolivia* (sentencia 36-2001) se descartó la posibilidad de emplear este tipo de control (correctivo) en un recurso incidental de inconstitucionalidad planteado en contra del inciso *b* del artículo XVII de la ley 1721, atinente a una disposición relativa al tratado de extradición firmado entre el gobierno de Bolivia y Estados Unidos, ya que se adujo que la norma aprobatoria del propio tratado no podía sino ser revisada en cuanto a su carácter de ley (forma de expedición), por lo que, verificado que la ley *per se* cumplía los procedimientos para su emisión, no tendría por qué ser declarada inconstitucional (se evitaba así la posibilidad de un examen de fondo sobre el TI). En la sentencia 31-2006, en un recurso directo de constitucionalidad, se reiteró que a través de la ley aprobatoria no podía hacerse un análisis del contenido propiamente dicho del tratado internacional, ello derivado de la especial

atención que el Estado debía poner en los principios de *pacta sunt servanda* y *buena fe.* Se estableció desde entonces que la consulta solo puede ser previa, por lo que el TC declaró la constitucionalidad de las leyes aprobatorias (en ese momento, de siete tratados internacionales).

En la nueva Constitución de Bolivia, de febrero del 2009, se recoge precisamente esta jurisprudencia, y por precepto constitucional se admite de forma obligatoria y exclusiva únicamente el control previo sobre los tratados internacionales (artículo 202, atribución 9).

En *Costa Rica,* según señala el artículo 10 de la Constitución Política, corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público. Incluso, el artículo 73, literal *e*, de la Ley de Jurisdicción Constitucional establece que cabrá la acción de inconstitucionalidad cuando en la suscripción, aprobación o ratificación de los convenios o tratados internacionales, o en su contenido o efectos, se haya infringido una norma o principio constitucional o, en su caso, del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa. En este evento, la declaratoria se hará solamente para los efectos de que se interpreten y apliquen en armonía con la Constitución o, si su contradicción con ella resultara insalvable, se ordene su desaplicación con efectos generales y se proceda a su denuncia. De hecho, ya hay un antecedente de este uso: cuando la Corte plena estableció que cierta normativa internacional[24] atentaba contra la Constitución y declaró su inconstitucionalidad.

En *Venezuela* este tipo de control resulta ejercitable por cualquier ciudadano, toda vez que esté dirigido contra la ley aprobatoria del tratado, como acto con rango y fuerza de ley dictado por la Asamblea Nacional, una vez que haya sido debidamente promulgada por el presidente o la presidenta de la República, tomando en cuenta lo que dispone el artículo 217 del Texto Fundamental. Es importante destacar que la Sala Constitucional, el 28 de abril del 2009, reiteró su jurisprudencia en cuanto a la posibilidad material de que, haciendo valer la supremacía constitucional, pueda existir un control correctivo de los tratados internacionales vigentes en la República (véase el expediente 08-1398).

En *Guatemala,* de conformidad con los expedientes acumulados 12-2004 y 213-2004, proferidos por la Corte de Constitucionalidad, se admitió la procedencia de este control al declarar "inconstitucionales, con efectos exclusivamente para el Estado de Guatemala" cierta dicción e incisos contenidos en los artículos 2 y 27 del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano.

En *Perú,* este tipo de control, en una primera aproximación, no se podría descartar, ya que entre las acciones de garantía constitucional establecidas en el artículo 200, numeral 4, se encuentra la acción de inconstitucionalidad que procede en contra de las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia,

[24] En el primer Código Aduanero Uniforme Centroamericano se establecía la posibilidad de que lo resuelto por un órgano comunitario diera por agotada la vía administrativa y no pudiera ser objeto de de control por la jurisdicción contencioso-administrativa de ningún país centroamericano.

tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma y en el fondo, cuestión que se reitera en los artículos 77 y 100 de su Código Procesal Constitucional (salvo en materia de derechos humanos, al reconocérseles a estos rango constitucional). No obstante, creemos que estas normativas contrastan y deben mutarse frente a la ratificación de la Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados realizada por el Estado de Perú a inicios de este nuevo milenio.

3. Argumentos a favor y en contra del uso del control correctivo sobre tratados internacionales

Antes de dilucidar los argumentos a favor y en contra de la implementación de este tipo de control, es importante abrir un paréntesis trascendental: desde nuestra perspectiva, no avizoramos que sea factible la más mínima colusión entre lo normado por un tratado o convenio en materia de derechos humanos —al menos en cuanto a su área sustantiva— y la normativa suprema, en virtud del propio principio *pro homine* o principio de progresividad de los derechos humanos, recogido en distintos ordenamientos jurídicos, sumado a la existencia de cláusulas abiertas (implícitas o explícitas) que en esta materia establecen las constituciones de diversos países, a través de la cuales la inclusión de los derechos humanos contenidos en TI desborda el ámbito legal u ordinario, e incluso el constitucional, suponiendo genuinos derechos con rango supraconstitucional (parte del bloque de constitucionalidad). Es entonces lógico y coherente suponer la imposibilidad de tachar su posible inconstitucionalidad: ya son derechos con rango constitucional, o incluso supraconstitucional.

En este orden de ideas, percibiendo este tipo de control como únicamente dable en contra de los TI *que no supongan materias propias del derecho internacional de los derechos humanos,* el control correctivo sobre los tratados internacionales se gesta, como se ha indicado, en el momento en que el tratado internacional, con vínculo y efectos jurídicos en el orden interno e internacional, cesa en sus efectos jurídicos, desde una perspectiva de derecho interno (inaplicándolo o expulsándolo), cuando la ley aprobatoria del tratado es declarada inconstitucional o, peor aún, cuando dicha declaratoria recaiga sobre el tratado internacional mismo. Evidentemente ello responde al hecho de que la normativa internacional colide con los preceptos constitucionales.

Indudablemente el tratado internacional es una manifestación de la soberanía del Estado, pues este cuando se compromete ha ejercido su autodeterminación,[25] pero en términos de la sentencia C-276, expuestos por el Tribunal Constitucional colombiano, ¿se encuentra acaso esta autodeterminación limitada por el propio derecho internacional?

La autodeterminación limitada por el propio derecho internacional implica (en los términos referidos en sentencia citada) una soberanía subordinada por el derecho

[25] Olano García: o. cit., p. 557.

internacional en el aspecto externo y suprema en el orden interno. Sin embargo, si admitimos que dicha autodeterminación es limitada por el propio derecho internacional (como lo ha hecho el Tribunal Constitucional colombiano), entonces debemos obedecer lo dispuesto por los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados; principios propios del derecho internacional que indican, respectivamente, que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (*pacta sunt servanda* y *bona fide*). Y es que, conforme a dichas directrices convencionales, no se podrán invocar por un Estado disposiciones de orden interno como justificación del incumplimiento de un tratado internacional, salvo lo dispuesto en relación con la nulidad de los tratados por razones de forma o competenciales.

De ser obligatorias estas normas y primar estos principios, entonces ya manifestada la voluntad y el consentimiento de un Estado en obligarse, se pierde la capacidad de su juzgamiento en el ordenamiento interno, al ingresar este al campo del derecho internacional. O, lo que es lo mismo dicho en otras palabras, se *desnacionaliza* la competencia nacional para ejercer el control jurisdiccional sobre el tratado-ley al trascender al derecho internacional.[26]

Actualmente, a la luz de lo establecido en constituciones actuales, como las de de España,[27] Colombia,[28] Chile,[29] Bolivia[30] y Alemania[31] (entre otros), se ha venido constitucionalizando e internando el explícito e irrestricto respeto al derecho internacional.

No obstante, conviene ser más reflexivos al respecto.

Parte de la doctrina sostiene que el vínculo jurídico que crea un tratado internacional no es indesatable a perpetuidad. Es decir, el propio derecho internacional permite el cese de efectos jurídicos como un acto válido.[32] Y, en efecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 46 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (derecho consuetudinario internacional positivizado), un tratado válidamente incorporado al derecho interno de un Estado puede anularse en caso de que exista una manifiesta violación a las disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar dichos tratados. Por ello, si la Convención referida permite la violación a los TI siempre que ella se origine por la violación manifiesta de una norma fundamental de ámbito doméstico o interno, concerniente a la competencia para la celebración de un tratado internacional, por lo menos, deberá admitirse que un tratado puede ser nulo por cuestiones netamente formales, sin reñir de ninguna manera con el DI.

Y es que el hecho de que un tratado internacional sea contrario a una Constitución puede propiciar el desconocimiento de la Constitución, además de modificarla tácitamente. Por otra parte, si asumimos el absoluto respeto a los principios contenidos en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, se

[26] Ibídem, p.569.
[27] Artículo 96, numeral 1, de la Constitución Española.
[28] Artículo 9 de la Constitución de Colombia.
[29] Artículo 54, numeral 1, de la Constitución Política de Chile.
[30] Artículo 260, fracción I, de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.
[31] Artículo 25 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.
[32] Ibídem, p.571.

estaría brindando a dicha normativa, *de hecho*, un rango supraconstitucional.[33] Claro que este argumento se altera en caso de que, como ya hemos dicho, el propio derecho interno constitucionalice el propio derecho de los tratados.

De lo que no cabe duda es de que, si existe un tratado internacional, anulado o nulificado en el orden interno, mediante los mecanismos de control constitucional, ello de suyo engendra un *hecho ilícito internacional* que crea a su vez una nueva obligación, consistente en la reparación del daño causado, ante lo cual el Estado debe asumir su responsabilidad internacional.[34] Además, menoscaba la estabilidad y el honor del Estado en el cumplimento de los compromisos internacionales, al demostrar falta de seriedad, por lo que la confianza internacional se deteriora. En otras palabras, esto implicaría vaciar de contenido axiológico y jurídico la exigencia que se impone a todo Estado de honrar sus compromisos internacionales, supondría violación a los principios generales del derecho, deterioraría la imagen del Estado en el exterior, además de resquebrajar la seguridad jurídica, el respeto a los actos propios y honor del Estado.[35]

Pero, desde otra perspectiva, mantener un tratado internacional dentro del orden jurídico de un Estado también provoca inseguridad jurídica, incoherencia dentro del sistema. ¿Y acaso ello no draga también la supremacía constitucional?[36] ¿No será acaso esta razón de suficiente peso para preferir su no aplicación o estadía en el orden jurídico estatal so pena de la responsabilidad internacional comprometida?

Para algunos, el que prime el derecho internacional implica en otras palabras que "[…] violar la Constitución y seguirla violando día a día, al dejar vigente una norma contraria a ella, es un mal menor para salvaguardar el prestigio internacional de la República".[37] Sin embargo, ¿hasta qué punto continúa siendo válido guardar resistencia en el ámbito del derecho interno frente al derecho internacional, en el contexto de un mundo globalizado, con tribunales supranacionales y procesos de integración cada vez más en boga?

El derecho español proporciona un perfecto ejemplo de esta discusión. En el año 2004, y por segunda vez durante la existencia del Tribunal Constitucional español, se le solicitó una consulta, a efecto de determinar si ciertos artículos de la normativa internacional que regulaba la Constitución para Europa transgredían o no la normativa constitucional, con el objetivo de revisar la normativa suprema. El TC, por siete votos contra tres, concluyó finalmente que no era necesaria la reforma constitucional por no reñir con disposición fundamental alguna. El magistrado Javier Delgado Barrio, en el voto disidente que agrupa la opinión de los magistrados en minoría (declaración del TC 1-2004), adujo:

---

[33] Teodoro Ribera Neumann: "Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional", en *Revista de Estudios Constitucionales,* Santiago de Chile, 2007, p. 114.

[34] Manuel Diez de Velasco: *Instituciones de derecho internacional público,* Madrid: Tecnos, 16.ª ed., 2007, pp. 819-841 ss. En lo relativo a la obligación de reparar y sus distintas modalidades (satisfacción, restitución e indemnización), véase Diez de Velasco: o. cit., pp. 852-857, y José Luis Vallarta Marrón: o. cit., pp. 223 y 224.

[35] Víctor Bazán: o. cit., p. 151.

[36] Ribera Neumann: o. cit., p. 106.

[37] Ibídem, p. 113.

> […] la Constitución habilita la primacía del Derecho comunitario sobre la Constitución precisamente en los términos que resultan de dicho precepto: desplazamiento de las normas constitucionales que atribuyen competencias, en lo que ahora importa, normativas, para que pasen a ejercitarlas los órganos señalados en el Derecho de la Unión Europea. En este ejercicio, estos tienen toda la amplia libertad de configuración normativa que deriva de la Constitución, pero sin margen para apartarse de esta (DTC 1/1992). Ello no implica disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar, sus determinaciones.

Y es que, en definitiva, aunque con toda propiedad se puede afirmar que el Estado contemporáneo ha ido asumiendo el debilitamiento de su soberanía, generando estructuras superiores de las que los estados forman parte voluntariamente, entre las que destacan las formas de integración supranacional, mediante la transferencia de competencias a otros órganos o bien incluso mediante la simple creación de alguna disposición internacional, ello tampoco supone que dichas normas internacionales no deban ceñirse a los preceptos constitucionales.

Por eso es muy apropiado y deseable habilitar en todos los casos un control previo obligatorio, tal como es el caso en Bolivia (artículo 202, atribución 9), en Ecuador (artículo 162 CPRE), en Colombia (artículo 241) y parcialmente en Chile (artículo 91, 1.º).

Asimismo como bien ha indicado el Tribunal Constitucional chileno (sentencia n.º 309, 2001), en el ejercicio de la judicatura constitucional nos parece obligatorio que el intérprete realice "todos los esfuerzos, dentro de lo permitido por la Ley Suprema por encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un Tratado y los preceptos de la Constitución". Pero de no encontrar solución posible, para poder implementar este tipo de control deberá ponderarse con suma mesura y prudencia el habilitar una vía de control correctiva, que no excluya sino que obligue a la pérdida de los efectos de la norma convención en el plano internacional por el poder constituido correspondiente, so pena, como se ha dicho, de que el Estado incurra en responsabilidad internacional y que la parte afectada pueda requerir la ejecución del tratado mismo[38] o bien su reparación por las vías que el derecho internacional viabiliza.

En todo caso, adherimos a la opinión esgrimida por el magistrado español Javier Delgado Barrio, en cuanto a lo que consideramos una correcta intelección de los alcances atribuibles a la primacía (y no supremacía) del orden internacional frente al orden interno.[39] Tampoco desconocemos, por cierto, que ello se ve complicado de ma-

---

[38] Al respecto, según la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, artículo 94: "1. Cada Miembro de las Naciones Unidas *se compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte.* 2. *Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad,* el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo" (destacado añadido).

[39] En España, según el tribunal constitucional en la declaración 1-2004, "la supremacía de la Constitución Española (entendida como el carácter superior jerárquico de una norma y fuente de validez de las inferiores) se mantiene, a pesar de que es el derecho europeo el que ostenta la primacía (entendida como capacidad de desplazamiento de otras normas por su aplicación

tizar en el marco de aquellos preceptos constitucionales que reconocen la primacía del orden internacional y que además impiden la factibilidad de incoar un control de este tipo excepto de forma preventiva. No obstante, aun en este último supuesto, el operador jurídico deberá sopesar la existencia de un posible conflicto de normas jurídicas en colisión, siempre dependiendo del caso concreto.

Lo cierto es que, respecto al control constitucional correctivo sobre los TI, la cuestión no está aún del todo nítida; de nuestra parte, en los casos en que sí es posible utilizar este control, aún nos restaría indicar los posibles tropiezos al momento de operarlo en caso de violaciones parciales de un instrumento internacional frente al orden interno;[40] sin embargo, hechos los modestos apuntes ya indicados y esperando haber cumplido con la expectativa del contenido ofrecido inicialmente, dejamos al lector en sus manos la última reflexión en torno a estos temas.

---

preferente) porque es la propia Constitución Española la que otorga esa aplicación preferente del ordenamiento europeo a través del art. 93 CE, que prevé la cesión de competencias derivadas de la Constitución".

[40] Al respecto se sugiere ver Pablo Andrés Bonilla Hernández: "El control de constitucionalidad de los tratados internacionales: un breve análisis teórico-práctico de su posible operatividad", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2010,* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 66 ss.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, PP. 29-58, ISSN 1510-4974

Juan Carlos Dueñas Muñoz (Bolivia)*

La interpretación prejudicial, ¿piedra angular de la integración andina?**

RESUMEN

El presente trabajo de investigación pretende establecer un análisis crítico de la interpretación prejudicial como recurso integrante de otros mecanismos jurídicos y de toda una estructura de integración andina. Esta y la integración europea constituyen los procesos de integración más importantes en cuanto al uso y el desarrollo de la interpretación prejudicial, entendida como principal instrumento de uniformidad de un nuevo derecho basado en la delegación de competencias soberanas equitativas e iguales de sus estados miembros, como es el derecho comunitario. En otras palabras, se abordará si la interpretación prejudicial y sus métodos interpretativos son una construcción propia y original que ha respondido a las necesidades y a la problemática andina o si, por el contrario, se trata de una competencia que ha sido utilizada con mayor beneficio por la Unión Europea, en el intento de desarrollar una integración sólida, estable y fuerte.

Palabras clave: derecho comunitario, ordenamiento jurídico nacional, jerarquía de las normas, cooperación jurídica internacional, interpretación prejudicial, tratados internacionales, Unión Europea, Comunidad Andina, jurisprudencia

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Forschungsarbeit beabsichtigt eine kritische Analyse der vorprozessualen Auslegung als Bestandteil der rechtlichen Mechanismen und der Gesamtstruktur der Integration im Andenraum. Zusammen mit dem europäischen Integrationsprozess handelt es sich dabei um das wichtigste Integrationsvorhaben, was den Einsatz und die Weiterentwicklung der vorprozessualen Auslegung als Hauptinstrument der Vereinheitlichung eines neuen, auf der Abtretung angemessener und gleicher Hoheitsbefugnisse der Mitgliedsstaaten beruhenden Rechts wie im Falle des Gemeinschaftsrechts angeht. Mit anderen Worten, es

---

* Licenciado en Derecho por la Universidad Católica Boliviana San Pablo, La Paz (Bolivia). Magíster en Derecho Económico por la Universidad Andina Simón Bolivar, sede La Paz. Candidato a magíster en Relaciones Internacionales y Diplomacia por la Academia Diplomática Plurinacional de Bolivia. Magíster en Relaciones Internacionales, mención en Negociaciones Internacionales y Manejo de Conflictos. Doctor *C* en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Profesor de maestrías en Derecho Constitucional y Derecho Penal de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede La Paz. ‹jcduenasbo@yahoo.com›

** Este trabajo ha sido financiado por el Comité de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

soll geklärt werden, ob es sich bei der vorpr m Gegenteil um eine Kompetenz handelt, auf die die Europäische Union auf ihrem Weg zum Aufbau einer soliden, stabilen und starken Integration mit gröberem Erfolg zurückgegriffen hat.

Schlagwörter: Gemeinschaftsrecht, nationale Rechtsordnung, Normenhierarchie, internationale Rechtszusammenarbeit, vorprozessuale Auslegung, internationale Verträge, Europäische Union, Andengemeinschaft, Rechtsprechung

ABSTRACT

This research paper aims to carry out a critical analysis of preliminary rulings as a remedy included in other legal mechanisms and in all the Andean integration architecture. This case and the European system are the main integration processes which use preliminary rulings and have developed them as an instrument for providing uniformity to community law, which is a new type of law based on the delegation by the member states of equal and equitable sovereign powers. In other words, we will study whether preliminary rulings and their methods of interpretation are an original creation of the Andean region in order to meet its needs and problems or whether this power has been used to greater advantage by the European Union as a means of developing a solid, stable and sturdy integration system.

Keywords: community law, national legal system, hierarchy of norms, international legal cooperation, preliminary rulings, international treaties, European Union, Andean Community, jurisprudence

1. Introducción

Para abordar la problemática de la interpretación prejudicial, se estudian a continuación cuatro cuestiones principales: en primer lugar el origen del derecho comunitario, a partir de lo que es la Unión Europea, sus principales tratados modificatorios y de adhesión; en segundo lugar, la interpretación prejudicial en sí para precisar en qué consiste, su naturaleza jurídica, su obligatoriedad, su origen, sus teorías interpretativas, y describir su grado de cumplimiento y aplicabilidad por los países andinos; en tercer lugar, la interpretación prejudicial como competencia jurisdiccional andina para establecer si en ella se pueden avizorar elementos de jurisprudencia andina auténtica, y finalmente cuál es la implicación de dicho recurso jurisdiccional en la crisis que vive la CAN, para establecer si se cumple o no la uniformidad andina que ella garantiza, es decir, si en realidad ayuda a construir un proceso de integración genuino, coherente y sólido.

2. Origen del derecho comunitario en la Unión Europea

Se sabe que la Unión Europea fue la primera organización con carácter de comunidad económica, integrada por algunos países a partir de los años cincuenta. Este modelo

de integración avanzó hasta conformar la unión política de los estados miembros de la Comunidad Económica Europea, que se consolidó después de varias tratativas con la firma del Tratado[1] de la Unión Europea en la ciudad neerlandesa de Maastricht, en 1992, que es la continuación del Tratado de Roma de 1957. Entonces la Unión Europea tiene su fundamento en las Comunidades Europeas, completadas con las políticas y formas de cooperación establecidas por el Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht. Dromi al respecto expone lo siguiente:

> La integración económica europea adquirió prioridad para pasar luego a la integración política. Esa prioridad culminó en tres tratados constitutivos: El tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (Ceca) en 1951, el Tratado de la Comunidad Europea de Energía Atómica (Euratom) de 1957 y el Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE) o Tratado de Roma de 1957. En 1985 se proyecta la creación del mercado único, que se materializó en la llamada Acta Técnica Europea, firmada en Luxemburgo en diciembre de 1986. Dos años después se proyecta el sistema monetario europeo cuyo objetivo es la circulación de una sola moneda. La prioridad de la Unión Económica Europea, debió derivar en la Unión Política. Quince países (Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, países Bajos, Portugal y Suecia), conforman esta comunidad política concretada en Maastricht.[2]

La gran cantidad de países miembros de la UE muestra que se trata de uno de los intentos unificadores más coherentes que se han dado a lo largo de la historia, lo que nos confirma también que el derecho comunitario, a pesar de ser una disciplina jurídica muy joven, tiene el poder de organizar y sostener una integración que no se conforma solamente con un acercamiento económico, sino que también precisa de una unión política basada en fundamentos de paz, armonía y justicia.

Teniendo en cuenta lo anterior, CECA, Euratom y CEE constituyeron el inicio y el marco jurídico sobre el cual se cimentó la UE. Lo que encontramos a lo largo de la historia de la UE es una serie de tratados que se pueden dividir en dos clases: tratados de modificación y tratados de adhesión.[3]

---

[1] "El tratado es la fuente por excelencia de derechos y obligaciones internacionales. La historia de las relaciones internacionales se ha hilvanado frecuentemente como una historia de los tratados, más numerosos que en cualquier tiempo pasado. Con ellos se edifican la coexistencia y la cooperación en un amplio arco de materias donde se identifican intereses comunes y se evidencia la interdependencia de los miembros de la sociedad internacional." A. Remiro Brotóns: *Derecho internacional,* Madrid: McGraw Hill, 1997, p. 181.

[2] José Roberto Dromi: *Acuerdo Mercosur-Unión Europea*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, p. 66.

[3] René Urueña: *Derecho de las organizaciones internacionales,* Bogotá: Uniandes, 2008, p. 28.

2.1. Tratados de modificación

La UE ha contado con un número amplio de tratados de modificación, tal como señala el siguiente cuadro:

Cuadro 1. Tratados de modificación

Tratados	Fecha de la firma	Entrada en vigor
Tratado de fusión	8 de abril de 1965	1.º de julio de 1967
Tratado por el que se modifican algunas disposiciones presupuestarias	22 de abril de 1970	1.º de enero de 1971
Tratado por el que se modifican algunas disposiciones financieras	22 de julio de 1975	1.º de junio de 1977
Tratado de Groenlandia	13 de marzo de 1984	1.º de enero de 1985
Acta Única Europea	28 de febrero de 1986	1.º de julio de 1987
Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht)	7 de febrero de 1992	1.º de noviembre de 1993
Tratado de Ámsterdam	2 de octubre de 1997	1.º de mayo de 1999
Tratado de Niza	26 de febrero de 2001	1.º de febrero de 2003
Tratado de Lisboa	13 de diciembre de 2007	1.º de diciembre de 2009

Fuente: Elaboración propia basada en ‹http://europa.eu/scadplus /treaties/ eec_es.htm› (20/6/2010).

Brevemente se señalan a continuación las características de cuatro de los tratados más importantes:

- El Acta Única Europea, firmada el 17 de febrero de 1986 en Luxemburgo, fue de vital importancia, ya que modificó y amplió el sistema anterior en dos frentes: estableció la política exterior y de seguridad común de los estados miembros y modificó, delimitó y definió la toma de decisiones y las competencias del Consejo, la Comisión y el Parlamento europeos.[4]
- El Tratado de Maastricht[5] o Tratado de la Unión Europea, firmado en 1992, resultado de políticas internacionales intensas y de la unificación de Alemania, es tal vez el más importante de los tratados de modificación porque en él, gracias a la cooperación política y económica, la UE cobró vida y fue estructurada a partir de tres pilares: 1) las Comunidades Europeas, 2) la política exterior y de seguridad común y 3) la cooperación policial y judicial en materia penal. Cada uno de estos pilares constituye en sí mismo uno de

[4] Ibídem, p. 30.

[5] Uno de los tratados internacionales más importantes fue el de Maastricht o Tratado de la UE, cuyo artículo 6 establece que serán objetivos de la Unión:

"1.Promover un progreso económico y social equilibrado y sostenible principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y

los ámbitos en los que la UE tiene competencia y actúa en un frente común, entre sus miembros y ante terceras partes.[6] Asimismo, el Tratado de Maastricht cimientó la política para una unión económica y monetaria, ya que los estados miembros deberían coordinar sus políticas económicas siguiendo las directrices financieras y presupuestarias que estableciera la UE y fijó como plazo máximo el año 1999 para la creación de una moneda única.[7] Finalmente, dando un giro más humano y con miras a generar una aceptación democrática y un sentido de pertenencia, el tratado creó la ciudadanía europea para que cada ciudadano de uno de los estados miembros fuera asimismo ciudadano de la UE, con todos los derechos, prerrogativas y obligaciones que esto implica.[8]

- El Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, entró en vigor tras la ratificación de los estados miembros. Si bien el Tratado de Maastricht inició un proceso de acercamiento a los ciudadanos de los estados miembros, en el Tratado de Ámsterdam los ciudadanos son el eje de las medidas adoptadas. Por él, los derechos humanos, la libertad, la seguridad, la justicia y la democracia forman parte del vocabulario interno de la UE. De esta manera y con el fin de garantizar la libertad de circulación de trabajadores (en un primer momento se habló de *libertad de trabajadores* y en la actualidad se habla de *libertad de circulación de personas*), se estableció el Área Schengen,[9] mediante la cual se abolió el sistema de control en las fronteras entre los estados miembros. En materia de política exterior se introdujo el concepto de *estrategia común,* con el cual la UE buscaba una unificación, representación y presentación común de sus intereses en la escena internacional, en especial en lo que tuviera relación con la política exterior y la seguridad.

---

monetaria que implicará en su momento una moneda equilibrado y sostenible, única, conforme a la disposiciones del presente Tratado.

"2. Afirmar su identidad en el ámbito internacional, en particular mediante la realización de una política exterior y de seguridad común, que incluya en el futuro la definición de una política de defensa común que podría conducir en su momento a una defensa común.

"3. Reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales, de sus estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión.

"4. Desarrollar una cooperación estrecha en el ámbito de la justicia y de los asuntos de interior.

"5. Mantener integralmente el acervo comunitario y desarrollarlo con el fin de examinar, con arreglo al procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo N, la medida en que las medidas y formas de cooperación establecidas en el presente Tratado deben ser revisadas para asegurar la eficacia de los mecanismos e instituciones comunitarios.

"6. Los objetivos de la Unión se alcanzarán conforme a las disposiciones del presente Tratado, en las condiciones y según los ritmos previstos". Gabriel Roa Bastos: *Relaciones internacionales y Estado*, México: Porrúa, 1999, p. 121.

[6] Nicolás Mariscal: *Teorías políticas de la integración europea,* Madrid: Tecnos, 2003, p. 78.

[7] "El Euro, nuestra moneda", *brochure* de la Comisión Europea, Dirección General de Asuntos Económicos y Financieros, Bruselas, p. 2.

[8] Ricardo Alonso García: *Sistema jurídico de la Unión Europea,* Pamplona: Thompson-Civitas, 2007, p. 69.

[9] Mark Kurtis: *The Schengen Area and Cooperation,* Georgetown, 2008, p. 72.

- El Tratado de Niza,[10] firmado el 26 de febrero de 2001, fue el resultado de las negociaciones de los estados miembros en lo relativo a la estructura, la competencia y la toma de decisiones de las instituciones dentro de la UE. En cuanto a la estructura de las organizaciones, se efectuaron básicamente dos cambios radicales: a) la distribución de competencias entre las dos instancias judiciales —esto es, entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia— y b) la composición de la Comisión. La toma de decisiones fue agilizada dentro de cada una de las instituciones, en especial del Consejo de la Unión Europea, en razón de la gran cantidad de estados miembros, que enlentecía el proceso.
- El 29 de octubre de 2004 se firmó la Constitución de la UE, pero fue rechazada por Francia y los Países Bajos en el proceso de ratificación.[11] El 13 de diciembre de 2007 la UE adoptó un nuevo tratado modificatorio, el Tratado de Lisboa,[12] que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, el cual establece

---

[10] Urueña: o. cit., p. 31.

[11] El 54,87% de los franceses y el 61,6% de los holandeses rechazaron la Constitución Europea. Cf. ‹http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_4601000/4601443.stm› (26/7/2010).

[12] "El 1 de diciembre de 2009, tras años de negociación sobre cuestiones institucionales, entró en vigor el Tratado de Lisboa. El nuevo texto modifica los actuales tratados de la UE y la CE, pero no los sustituye. El nuevo tratado brinda a la Unión el marco y los instrumentos jurídicos necesarios para afrontar los retos del futuro y responder a las expectativas de los ciudadanos.

"1. Una Europa más democrática y transparente: el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales tienen mayor protagonismo, hay más oportunidades para que los ciudadanos hagan oír su voz y es más fácil saber cómo se reparten las tareas entre la Unión y los países miembros.

"• Mayor protagonismo del Parlamento Europeo: el Parlamento Europeo, directamente elegido por los ciudadanos de la Unión, estrena nuevas competencias sobre legislación, presupuesto y firma de acuerdos internacionales por la UE. Cabe destacar el mayor recurso al procedimiento de codecisión, pues coloca al Parlamento Europeo en pie de igualdad con el Consejo, que representa a los estados miembros, para la mayor parte de la legislación de la UE.

"• Mayor participación de los Parlamentos nacionales: los Parlamentos nacionales pueden participar más en las labores de la UE gracias, en particular, a un nuevo mecanismo que garantiza que la Unión solo actúe cuando resulte más eficaz (subsidiariedad). Esta novedad, unida al mayor protagonismo del Parlamento Europeo, acrecenta la democracia y la legitimidad de las actuaciones de la Unión.

"• A la escucha de los ciudadanos: gracias a la "iniciativa ciudadana", un grupo de al menos un millón de ciudadanos de un número significativo de estados miembros puede pedir a la Comisión que haga propuestas de legislación.

"• Reparto de tareas: la relación entre los estados miembros y Unión Europea queda más perfilada gracias a una clasificación precisa de las competencias de cada cual.

"• Retirada de la Unión: el Tratado de Lisboa prevé explícitamente por primera vez la posibilidad de que un Estado miembro se retire de la Unión.

"2. Una Europa más eficaz, con métodos de trabajo y votación simplificados, instituciones modernas y adaptada a la Unión de los Veintisiete y más capacidad para actuar en los ámbitos prioritarios para la UE de hoy.

"• Eficacia en la toma de decisiones: la aprobación por mayoría cualificada en el Consejo se amplía a otras políticas, con el fin de agilizar las decisiones e incrementar su eficacia. A partir de 2014 la mayoría cualificada obedecerá al principio de doble mayoría (mayoría de los estados miembros y de la población), que refleja la doble legitimidad de la Unión. La doble mayoría se alcanzará cuando los votos favorables representen, como mínimo, el 55% de los estados miembros y el 65% de la población.

"• Un marco institucional más estable y racionalizado: el Tratado de Lisboa crea el cargo de Presidente del Consejo Europeo elegido por dos años y medio, vincula directamente la elección

facultades ampliadas para los estados miembros a través de sus parlamentos nacionales y trata de dotar de mayor protagonismo y poder de decisión a los ciudadanos europeos en la toma de decisiones legislativas, déficit democrático del que adolecía la Unión Europea.

---

del Presidente de la Comisión a los resultados de las elecciones europeas, prevé nuevas disposiciones relativas a la futura composición del Parlamento Europeo e introduce normas más claras sobre las cooperaciones reforzadas y los aspectos financieros.

"• Mejorar la vida de los europeos: el Tratado de Lisboa mejora la capacidad de la UE para abordar cuestiones que hoy día son prioritarias para la Unión y sus ciudadanos. Es el caso de la actuación en el campo de la justicia, la libertad y la seguridad, ya sea para luchar contra el terrorismo o combatir la delincuencia. Lo mismo ocurre, en cierta medida, con otros campos como política energética, salud pública, protección civil, cambio climático, servicios de interés general, investigación, política espacial, cohesión territorial, política comercial, ayuda humanitaria, deporte, turismo y cooperación administrativa.

"3. Una Europa de derechos y valores, libertad, solidaridad y seguridad, que potencie los valores de la Unión, conceda rango de Derecho primario a la Carta de los Derechos Fundamentales, establezca nuevos mecanismos de solidaridad y garantice una mejor protección a sus ciudadanos.

"• Valores democráticos: el Tratado de Lisboa especifica y consolida los valores y objetivos sobre los que se basa la Unión. Dichos valores constituyen un punto de referencia para los ciudadanos europeos y representan lo que Europa puede ofrecer a sus socios de todo el mundo.

"• Derechos de los ciudadanos y Carta de los Derechos Fundamentales: el Tratado de Lisboa conserva los derechos ya existentes e introduce otros nuevos. En particular, garantiza las libertades y los principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales, cuyas disposiciones pasan a ser jurídicamente vinculantes. La Carta contiene derechos civiles, políticos, económicos y sociales.

"• Libertad de los ciudadanos europeos: el Tratado de Lisboa conserva y consolida las 'cuatro libertades' y la libertad política, económica y social de los ciudadanos europeos.

"• Solidaridad entre los estados miembros: el Tratado de Lisboa establece que la Unión y los estados miembros actúan conjuntamente con espíritu de solidaridad si un Estado miembro es objeto de un ataque terrorista o víctima de una catástrofe natural o de origen humano. También se hace hincapié en la solidaridad en el sector de la energía.

"• Mayor seguridad para todos: la Unión tiene más capacidad de actuación en el campo de la justicia, la libertad y la seguridad, lo que redunda en beneficio de la lucha contra la delincuencia y el terrorismo. Las nuevas disposiciones sobre protección civil, ayuda humanitaria y salud pública también pretenden impulsar la capacidad de la UE para enfrentarse a las amenazas contra la seguridad de los ciudadanos europeos.

"4. Hacer de Europa un actor en la escena global combinando los instrumentos con que cuenta la política exterior europea a la hora de elaborar y aprobar nuevas políticas. Gracias al Tratado de Lisboa, Europa está en condiciones de expresarse con más claridad ante sus socios internacionales. Se ponen en juego todas las capacidades económicas, humanitarias, políticas y diplomáticas de Europa para fomentar sus intereses y valores en todo el mundo, respetando los intereses particulares de los estados miembros en el marco de las relaciones exteriores.

"• La figura del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad —que también es Vicepresidente de la Comisión— da mayor peso, coherencia y visibilidad a la actuación exterior de la UE.

"• El nuevo Servicio Europeo de Acción Exterior asiste al Alto Representante en el desempeño de sus funciones.

"• La personalidad jurídica única de la Unión fortifica su poder de negociación, convirtiéndola en un actor más eficaz a escala internacional y un socio más visible para otros países y organizaciones internacionales.

"• El desarrollo de la Política Europea de Seguridad y Defensa conserva un sistema especial de toma de decisiones. Sin embargo, también prepara el terreno para la cooperación reforzada de un grupo más reducido de estados miembros." ‹http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/index_es.htm› (26/7/2010).

2.2. Tratados de adhesión

Como su nombre lo indica, son tratados mediante los cuales se adhieren nuevos estados miembros. El siguiente cuadro presenta el nombre de cada uno de los estados adherentes, con la fecha de firma y entrada en vigor.

Cuadro 2. Tratados de adhesión

Tratados de adhesión	Fecha de firma	Entrada en vigor
Tratado de adhesión del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca	22 de enero de 1972	1.º de enero de 1973
Tratado de adhesión de Grecia	28 de mayo de 1979	1.º de enero de 1981
Tratado de adhesión de España y Portugal	12 de junio de 1985	1.º de enero de 1986
Tratado de adhesión de Austria, Finlandia y Suecia	24 de junio de 1994	1.º de enero de 1995
Tratado de adhesión de los diez nuevos estados miembros	16 de abril de 2003	1.º de mayo de 2004
Tratado de adhesión de Bulgaria y Rumania	25 de abril de 2005	1.º de enero de 2007

Fuente: Elaboración propia basada en ‹http://europa.eu/scadplus /treaties/ eec_es.htm› (20/6/2010).

En cuanto a su naturaleza jurídica, la UE se enmarca en un proceso de federalización funcional que cuenta con los poderes necesarios para cumplir los fines comunes acordados por una comunidad de Estados. Es una comunidad funcional o parcial que goza de "prioridad de acción" sobre el Estado respecto de ciertas áreas definidas minuciosamente, pero sin sustituir o asimilarse al Estado, el cual retiene aún la "prioridad de poder".[13]

La UE es entonces un auténtico paradigma de la integración, sin precedentes en la historia. Este logro parece ser posible solo después de que los estados europeos protagonizaran dos guerras mundiales en el mismo siglo, consecuencia de llevar sentimientos nacionalistas a extremos que se tradujeron en destrucción y muerte masiva.

3. Naturaleza jurídica y obligatoriedad de la interpretación prejudicial

Como sostiene el profesor Guy Isaac:[14]

> La Interpretación Prejudicial es un mecanismo de cooperación judicial por el cual el órgano jurisdiccional nacional y el Tribunal de Justicia, en el orden de sus

[13] Guy Isaac: *Manual del derecho comunitario general*, Barcelona: Ariel, 3.ª ed., 1995, p. 15.
[14] Ibídem.

> propias competencias, son llamados a contribuir directa y recíprocamente en la elaboración de una decisión.

El artículo 32 del Tratado de Creación del TJCAN (modificado por el protocolo suscrito en Cochabamba, Bolivia) establece:

> Corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros.

Conforme sostiene el profesor Klaus-Dieter Borchandt,[15] en el sistema europeo la interpretación prejudicial tiene el mismo objetivo de "garantizar una aplicación uniforme del derecho comunitario".

Ratificando lo antes expuesto, dentro del proceso 35-IP-2000, el TJCAN sostuvo:

> Que este Tribunal es competente para interpretar en vía prejudicial las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico siempre que la solicitud provenga de un Juez Nacional actuando en función de Juez Comunitario, como lo es en este caso la alta jurisdicción consultante, y en tanto y en cuanto aquellas resulten pertinentes, a juicio del Tribunal Andino para la resolución del litigio interno.

En este sentido, al crearse un sistema jurídico comunitario, se entiende que habrá órganos supranacionales con competencias para establecer normas jurídicas y procedimientos de cumplimiento obligatorio para los países miembros. Conforme sostiene Diez Moreno:[16]

> […] la normativa comunitaria tiene consecuencias inmediatas por cuanto se entiende plenamente integrada al ordenamiento interno de los Estados, las mismas que deben ser aplicadas de manera directa, salvo que se disponga lo contrario— y tienen primacía sobre las normas ordinarias.

Estas características de las normas comunitarias han sido reconocidas por el TJCAN[17] al declarar:

> […] debe tenerse en cuenta el principio de la primacía de las normas comunitarias y el de la aplicación directa de las mismas […].

Sobre el tema, el tratadista Ricardo Alonso García[18] señala:

---

[15] Klaus-Dieter Borchardt: *El ABC del Derecho Comunitario,* Madrid: Tecnos, 1999, p. 78.
[16] Fernando Diez Moreno: *Derecho de la Unión Europea,* Madrid: Murcia, 2004, p. 67.
[17] Proceso 5 IP-89.
[18] Alonso García: o. cit., 2007, pp. 141-142.

> Asumido que la mayor parte del Derecho comunitario es desarrollado y ejecutado por los estados miembros, parece claro que la "Comunidad" propia de la fase de producción normativa (en el sentido de una norma común europea para todos los estados miembros) correría el riesgo de ruptura si la fase aplicativa, que opera según se acaba de señalar en régimen de descentralización se dejara por completo en manos de los estados miembros con posibilidad de divergencias entre unos y otros y por tanto de quiebra en la practica de la "Comunidad" teórica. A evitar tal riesgo esta destinado el mecanismo de la cuestión prejudicial.

Siguiendo el esquema europeo, la CAN[19] estableció la herramienta de cooperación entre el juez nacional y la jurisdicción supranacional, a través del establecimiento de la figura de la interpretación prejudicial. Respecto a esta competencia, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer,[20] abogado general del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, manifiesta:

> Constituye una competencia esencial para determinar el sentido del derecho comunitario, pero necesita la colaboración de los órganos jurisdiccionales internos a través de ese mecanismo de cooperación técnica que es la cuestión prejudicial.[21]

En este sentido, la interpretación prejudicial es una competencia que se ha constituido en la principal herramienta de colaboración entre el juez nacional y el juez comunitario, con el objetivo último de construir un derecho comunitario uniforme. En otras palabras, se podría argumentar que, desde el punto de vista de los esfuerzos de integración que emprenden los estados, la interpretación prejudicial es la expresión de la coordinación y cooperación entre las jurisdicciones comunitaria y nacional en la aplicación del derecho comunitario, en cuya virtud los tribunales de cada uno de los estados miembros actúan como jueces comunitarios, al aplicar el derecho comunitario con base en la interpretación que derive del Tribunal de Justicia comunitario. En el derecho comunitario europeo la necesidad de la interpretación prejudicial surge de los siguientes aspectos:

1. La existencia de un órgano judicial común a los países integrantes.
2. La consideración de que los diversos órganos judiciales propios de los diversos estados miembros son los jueces de derecho comunitario, por lo que no se crea una estructura judicial propia.
3. Finalmente, en una relación de colaboración entre los jueces nacionales y el TJCE ante la inexistencia de un mecanismo de casación europea centralizada,

---

[19] El Acuerdo de Cartagena fue suscrito el 25 de mayo de 1969. Posteriormente se han suscrito varios protocolos modificatorios.

[20] Abogado general del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

[21] Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer: *Memoria del Seminario internacional: Integración económica y derecho comunitario. Modelos europeos y americanos (Santafé de Bogotá, abril 24, 25 y 26 de mayo de 1995),* Bogotá: Universidad de los Andes, pp. 169-173.

> el establecimiento de un sistema basado en la atribución exclusiva de la competencia al TJCE para decidir sobre la interpretación o validez del derecho comunitario a través de la llamada *cuestión prejudicial* a interponer por los órganos judiciales de los estados miembros que quedan vinculados por la decisión del órgano comunitario.[22]

La interpretación prejudicial desde el punto de vista europeo se manifiesta como un legítimo mecanismo de diálogo y de colaboración judicial entre el juez nacional de los estados miembros y el TJCE, garantizando la aplicabilidad uniforme de la disposición comunitaria. En otras palabras, la interpretación prejudicial es un instrumento que tiende a garantizar la uniformidad en la aplicación del derecho comunitario en los estados miembros. Para la UE es, sin duda, el mecanismo de cooperación más importante entre el juez nacional y el juez comunitario, mediante el cual este último interpreta en forma objetiva la norma comunitaria. El artículo 234 del TCE determina que el TJCE es competente para conocer con carácter prejudicial las cuestiones suscitadas con base en las siguientes materias:

- Sobre la interpretación del tratado.
- Sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el BCE.
- Sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

La necesidad de plantear o no la cuestión prejudicial queda aparentemente zanjada en el último párrafo del citado precepto, que dispone:

> Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho Interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia.[23]

4. La interpretación prejudicial en la Comunidad Andina

Es necesario empezar este punto, con una primera reflexión, que parte del comentario que hace Uribe Restrepo:[24]

---

[22] J. Rentero Jover, P. Aramendi Sánchez y J. F. Lousada Arochena: "La cuestión prejudicial y los órganos judiciales sociales. Introducción a la cuestión prejudicial comunitaria", en *Arazandi Social,* n.º 1-2006, Pamplona, p. 60.

[23] Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, publicado en el *Diario Oficial de la Union Europea* (*DOUE*) el 29 de diciembre de 2006.

[24] Fernando Uribe Restrepo: *La interpretación prejudicial en el derecho andino,* Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1993, p. 67.

> La solución jurisdiccional a cargo de un tribunal independiente y permanente, indispensable para que pueda hablarse de un verdadero ordenamiento jurídico, solo existe en la Comunidad Económica Europea y, a ejemplo suyo, en el Pacto Andino.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCAN) va a tomar como primera referencia los fundamentos y principios europeos a la hora de señalar jurisprudencia. Así, siguiendo el esquema europeo, la CAN[25] estableció la herramienta de cooperación entre el juez nacional y la jurisdicción supranacional, a través del establecimiento de la figura de la interpretación prejudicial. El TJCAN declara que, en virtud de la aplicabilidad inmediata y directa de las normas comunitarias en el territorio de los países miembros, los particulares pueden invocarlas ante sus jueces nacionales. De esta característica surge la necesidad de contar con un mecanismo que garantice que la aplicación e interpretación del derecho andino por los distintos jueces nacionales se realice de manera uniforme en los cuatro países miembros.

La CAN adoptaría los postulados europeos, o en palabras de Peroti:

> Siguiendo el esquema europeo, el Pacto Andino reguló la principal herramienta de cooperación entre el juez nacional y la jurisdicción supranacional, cual es el mecanismo de la interpretación prejudicial. Dicho procedimiento, que persigue esencialmente la aplicación uniforme del derecho regional a través de la intervención, en el marco de un expediente nacional en el cual incida la normativa andina, de una instancia judicial especializada en la interpretación del derecho comunitario que se suma a la actividad del juez estatal, se basa en una particular relación de lealtad y cooperación entre las jurisdicciones de ambos órdenes.[26]

Se debe destacar, en este sentido, que el Tribunal Andino en la interpretación prejudicial no entra a analizar el contenido del derecho interno de los estados miembros, ni valora los hechos, sino que únicamente se pronuncia sobre la inteligencia de la norma comunitaria y de cómo esta debe ser entendida en el caso concreto.

En definitiva, es de competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina establecer qué normativa comunitaria andina se va a interpretar, de tal manera que dicho tribunal analizará la pertinencia o no de tales normas. El juez consultante, al ser notificado con la interpretación prejudicial, deberá continuar la respectiva tramitación del proceso; es decir, una vez resuelto el incidente procesal está obligado a adoptar el

---

[25] Carlos A. de Tomaso R.: "La interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina", en *Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas,* n.º 41, Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, p. 34.

[26] Alejandro Daniel Perotti: *Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el derecho andino,* Lima: Secretaría General de la CAN, Biblioteca Digital Andina, 2005, p. 3.

pronunciamiento del tribunal comunitario en su respectiva sentencia, según establece el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal.[27]

Según lo expuesto, la interpretación prejudicial de la norma comunitaria es un instrumento que tiende a garantizar la uniformidad en la aplicación del derecho comunitario en los estados miembros. El tribunal comunitario, al admitir la consulta que formule el tribunal o juez nacional obligado a aplicar una disposición del ordenamiento comunitario a un caso concreto, debe pronunciarse mediante la expedición de una providencia en que se precise el contenido y el alcance de la norma comunitaria pertinente y adecuada para la resolución del caso en cuestión, colaborando de este modo con el juez nacional en la configuración de la sentencia que debe emitir en la causa sometida a su conocimiento.

La cuestión prejudicial andina tiene su origen en un proceso pendiente ante un órgano jurisdiccional interno, cuando surge en el juez, de oficio o a instancia de parte, una duda razonable acerca de la interpretación que debe recibir el derecho comunitario, cuya resolución por los tribunales de justicia de las comunidades es necesaria para emitir el fallo. Según Walter Kaune:

> La cuestión prejudicial es, sin duda el mecanismo de cooperación por excelencia entre el juez nacional y el juez comunitario, mediante el cual este último, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpreta en forma objetiva la norma comunitaria con el fin de que el primero, el juez nacional competente, la aplique al caso concreto que se ventila en el orden interno. Su naturaleza es la de un incidente procesal, de carácter no contencioso y obligatorio cuando quiera que el juez nacional deba aplicar una norma comunitaria de cualquier rango para lo cual sea competente.[28]

---

[27] "De la interpretación prejudicial

"Art. 32. Corresponderá al tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros

"Art. 33. Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

"En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal.

"Art. 34. En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto. El Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, no obstante lo cual podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada

"Art.35. El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal.

"Art. 36. Los países miembros de la Comunidad Andina velarán por el cumplimiento de las disposiciones del presente tratado y en particular de la observancia por parte de los jueces nacionales a lo establecido en la presente Sección." Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, modificado por el Protocolo de Cochabamba.

[28] Walter Kaune A.: *De la necesidad de la integración y su proyección,* inédito, Quito, 2003, p. 32.

La función en general primordial de la cuestión prejudicial es permitir pronunciamientos acerca de la interpretación o la validez del derecho comunitario; es decir, es un mecanismo de consulta entre el juez nacional y el juez comunitario, en el que no existe relación de jerarquía entre los jueces nacionales (sin importar cuál sea la instancia) con los jueces comunitarios; es más bien una cuestión de cooperación.

En razón del mecanismo de cooperación que crea la interpretación prejudicial entre los jueces nacionales y el tribunal comunitario, es a los primeros a quienes les corresponde decidir las controversias que las partes litigantes les planteen, y al tribunal interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario, cuando una de ellas es aplicable a la controversia existente entre las partes del proceso. En definitiva, solo el juez nacional puede solicitar la interpretación prejudicial, siempre y cuando se den los supuestos procesales para la formulación de la pretensión, es decir, que exista un proceso y que en él sea necesaria la aplicación de una norma de derecho comunitario andino. A decir de Alvarado Baena:

> Las partes no podrán acudir directamente al Tribunal, y por el contrario deberán solicitar el juez nacional que promueva la interpretación prejudicial para el caso concreto.[29]

Al respecto, el TJCAN ha señalado:

> En otros términos, la legitimación para solicitar a este Tribunal una interpretación jurídica por vía prejudicial, está reconocida únicamente a los Jueces nacionales de los Países Miembros, en el caso específico señalado en el artículo 29 del tratado. Ninguna otra persona tiene facultad para promover dicha interpretación. Este Tribunal, en consecuencia, carece de competencia para conocer solicitudes de Interpretación prejudicial que provengan de personas que no sean jueces nacionales que estén conociendo de una causa concreta en la cual deba aplicarse el ordenamiento jurídico de la integración andina, puesto que evidentemente las providencias que en esta materia dicta el Tribunal no están destinadas simplemente a absolver consultas o esclarecer los alcances de normas comunitarias de modo general. Por el contrario, tales pronunciamientos están destinados a resolver controversias jurídicas concretas sometidas a la decisión de Jueces nacionales, en los términos del artículo 29 del Tratado, conforme antes se indicó.[30]

La interpretación prejudicial se caracteriza por ser de sometimiento mediato y no tener naturaleza contenciosa;[31] es decir, no es un proceso contradictorio para decidir

---

[29] Vivian Alvarado Baena. *Las pretensiones de nulidad, incumplimiento e interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina,* Bogotá: Centro Colombiano del Derecho de Autor, 2004, p. 365.

[30] Sentencia 1-89, *Gaceta oficial* n.º 43, 30 de mayo de 1989, ‹http://intranet2.unete.com.bo/derechoteca/html/tjca/jurisprudencia.php›.

[31] NIP, n. 5, in fine: "[…] su naturaleza es la de un incidente procesal, de carácter no contencioso". La afirmación se recoge en una sentencia posterior: *Joseph E. Seagram & Sons Inc.* [2002], GOAC 845-1, de 4 de setiembre de 2002.

un litigio entre partes, sino un procedimiento objetivo, excede el interés de las partes y se asocia por su propia naturaleza al interés público. El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (TCTJAC) lo recogía ya en los artículos 28 al 31 de su versión original (artículos 32 a 36 de la versión modificada por el PC), así como en los artículos 61 a 64 del Estatuto del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (ETJAC). Dichas normas se inspiraron claramente en el artículo 177 del Tratado de Creación de la Comunidad Europea (TCEE).[32]

La interpretación prejudicial ha sido considerada la pieza clave y el mecanismo fundamental de todo el sistema judicial de la CAN.[33] En la CAN, la necesidad de recurrir a la interpretación prejudicial nace cuando el juez nacional es el juez principal para la aplicación del derecho comunitario, el garante del efecto directo y de la primacía del derecho comunitario. El examen y la apreciación de la pertinencia de plantear o no la cuestión prejudicial corresponden exclusivamente al juez nacional,[34] aunque normalmente sean las partes en el proceso principal quienes invocan el derecho comunitario en defensa de sus intereses y piden al juez hacer uso de la interpretación prejudicial. La interpretación prejudicial, al menos teóricamente, es el elemento de la integración andina más importante, que vincula a órganos jurisdiccionales comunitarios andinos y nacionales. De esto da cuenta el magistrado Ricardo Vigil Toledo:

> La interpretación prejudicial, también llamada consulta prejudicial, es la pieza clave del sistema jurisdiccional de la Comunidad Andina, por cuanto mediante dicho mecanismo el Tribunal asegura la aplicación uniforme de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico Andino y convierte automáticamente en jueces comunitarios a los jueces nacionales de los cinco países

---

[32] Patricio Bueno Martínez: "La cooperación judicial a través de la interpretación prejudicial", p. 101, en Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer: o. cit., pp. 99-132. Concretamente, el ámbito de cuestión prejudicial europea es más amplio, puesto que no solo se refiere a la interpretación del derecho comunitario vigente, como en la CAN (cuestión prejudicial de interpretación), sino que se extiende también al examen de la validez de los actos normativos y ejecutivos derivados de los tratados constitutivos (cuestión prejudicial de validez). Cf. al respecto P. Andrés Sáenz de Santa María, J. A. González Vega y B. Fernández Pérez: *Introducción al Derecho de la Unión Europea,* Madrid: Eurolex, 2.ª ed., 1999, pp. 536-537.

[33] Oscar Hassenteufel Salazar: "La interpretación prejudicial en los países andinos: caso boliviano", p. 166, en Dámaso Colomer y Ruiz-Jarabo: o. cit., pp. 161-187. En el contexto de la UE, se ha dicho que el reenvío judicial es "una expresión particularmente representativa del grado de integración realizado en las Comunidades Europeas" (Andrés, González y Fernández: "Introducción…", o. cit., p. 534).

[34] Lo que a veces ha producido que, mediante el abuso de la llamada *doctrina del acto claro* los órganos judiciales nacionales de última instancia eludan su deber de plantear la cuestión prejudicial y procedan a interpretar directamente el derecho comunitario, no siempre correctamente. Sobre este fenómeno, para la UE, véase A. Mattera: *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento,* Madrid: Civitas, 1991, p. 692. El TJCE ha intentado hacer frente a este fenómeno sentando algunos criterios que deben guiar al tribunal nacional en la formulación del juicio de pertinencia de la cuestión prejudicial; véase al respecto Andrés, González y Fernández: o. cit., pp. 540-541. En la CAN, para evitar ese inconveniente, el TJAC ha rechazado la aplicabilidad de la doctrina del acto claro. Cf. sentencias de los casos *Aktiebolaget Volvo* [1988] GOAC 28, de 3 de diciembre de 1987, y *Eden for Man - Etiqueta* [1995] GOAC 189-1, de 7 de agosto de 1995. Cf. también NIP, n. 3 in fine, y nota n. 5.

miembros, estableciendo con ello una cooperación horizontal con los órganos jurisdiccionales nacionales".[35]

Complementando lo anotado por Vigil Toledo, Kaune Arteaga cita a Alonso García para quien la interpretación prejudicial es la "piedra angular de la integración",[36] por cuanto es garantista y convierte automáticamente a los jueces nacionales en jueces comunitarios.

Es válido cuestionarse si este recurso es realmente un elemento uniformador del derecho comunitario andino o simplemente un formalismo más que retrasa innecesariamente un proceso nacional. La respuesta se podrá encontrar a partir de las teorías interpretativas de la propia interpretación prejudicial en aquellos casos en que puedan plantearse dudas acerca de la aplicación o interpretación del derecho comunitario en el marco de un proceso instado ante un órgano jurisdiccional.

5. Teorías interpretativas en la interpretación prejudicial

En un principio, en el derecho comunitario europeo, el precepto comenzó a ser interpretado en sus más estrictos términos,[37] y llegó a afirmarse que su contenido *obliga sin restricción alguna*[38] a la interposición de toda cuestión de interpretación del derecho comunitario que se eleve ante la jurisdicción nacional en la que se agote toda vía de recurso. Únicamente podía salvarse la interposición de la cuestión prejudicial en aquellos casos en que su contenido fuese materialmente idéntico al de anteriores cuestiones ya resueltas por el propio tribunal.

Esta rigidez inicial fue suavizada con la aplicación de la doctrina del *acte clair,*[39] importada del derecho francés, que aplicada al artículo 234 del TCE implica que "los tribunales superiores no tendrán obligación de plantear cuestión prejudicial cuando

---

[35] Walter Kaune Arteaga: *Manual introductorio sobre el Tribunal Comunitario Andino, dentro del contexto del derecho comunitario y sus competencias, responsabilidad patrimonial de los países miembros e indemnización de daños,* Quito: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2007, p. 56.

[36] Ibídem, p. 57.

[37] Elena Manzano Silva: "La obligación de plantear cuestión prejudicial ante el TJCE. Comentario al ATC 62/2007", en *Anuario de la Facultad de Derecho,* Universidad de Extremadura, 2007, p. 34.

[38] Así lo dispone el TJCE en su sentencia *Da Costa,* del 27 de marzo de 1963, y la sentencia *Francovich y Bonifaci,* del 19 de noviembre de 1991.

[39] Según señala M. Jimeno Bulnes, "[…] en la literatura francesa recibe tal denominación a partir del Tratado de Laferrière, la exclusión por parte del juez a quo del deber de acudir al Ministerio de Asuntos Exteriores para la interpretación de los Convenios Internacionales cuando sea necesaria su aplicación al caso concreto". La remisión se realizaba ante el ministro de Asuntos Exteriores, de ahí la desconfianza que en los jueces franceses producía acudir al Ejecutivo para que se posicionase sobre un asunto concreto, temiendo, como es lógico, la injerencia de este en los asuntos judiciales. M. Jimeno Bulnes: *La cuestión prejudicial del art. 177 TCE,* Zaragoza: Bosh, 1996, p. 289.

no exista duda razonable sobre la interpretación del texto comunitario aplicable al litigio".[40]

Su aceptación y rechazo en la Unión Europea han girado en torno a dos importantes consideraciones. La primera es la argumentación tradicional, fundada en el interés de evitar un exceso de cargas al TJCE y la repetición de cuestiones semejantes. Además, de este modo se restringe el cauce que permite introducir maniobras dilatorias protagonizadas por las partes del proceso principal. En contra del uso de esta doctrina suelen erigirse también argumentos de peso, tales como la necesidad de la uniformidad en la aplicación de la legislación comunitaria y su correcta interpretación, o la propia especialidad del derecho comunitario como ordenamiento jurídico distinto del nacional respectivo, para cuya interpretación y apreciación de validez es exclusivamente competente el TJCE.[41]

Se planteará como punto de reflexión-inflexión si las doctrinas del acto aclarado y del acto claro coadyuvan a una mayor comprensión de lo que es el derecho comunitario andino y por ende afianzan la integración andina, o si, por el contrario, son un elemento que solo ayudará a dispersar más los alcances y contenidos del derecho comunitario andino, profundizando la crisis en la que se debate la CAN. Es decir, si las teorías del acto aclarado y del acto claro desplazan la discrecionalidad interpretativa del TJCAN en pos de dar mayor libertad de decidir al juez nacional o, al contrario, restringe su libertad interpretativa y aleja al juez nacional de ser partícipe de la norma comunitaria y por ende de un efectivo proceso de integración comunitario. De esta manera, resulta de suma importancia establecer nexos que tiendan a justificar la aplicabilidad de las teorías intepretativas (acto claro y aclarado) en el derecho comunitario andino como una herramienta que beneficie la máxima aspiración y objetivo del TJCAN, cual es tener una jurisprudencia uniforme y constante, de cuya aplicación los jueces nacionales sean protagonistas.

Se debe entonces establecer en qué consiste el vínculo entre juez comunitario y juez nacional en la jurisprudencia del TJCAN. Dicha vinculación se expresa de la siguiente manera en la sentencia 11-IP-1996:

> Aparte de los jueces de primera instancia, para quienes la consulta es facultativa, los jueces nacionales de única o de última instancia que conozcan en un proceso judicial interno de cualquier norma comunitaria de los señaladas protocolos e instrumentos adicionales, el Tratado del Tribunal, las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta, que vaya a ser aplicada en un juicio interno, debe suspender el proceso y solicitar al Tribunal Andino la interpretación de dicha norma, en los términos establecidos en el artículo 29 de dicho Tratado. La obligatoriedad se predica de los jueces cuyas providencias no fueren susceptibles de recursos en derecho interno.

---

[40] R. Alonso García y J. M. Baño León: "El recurso de amparo frente a la negativa de plantear la cuestión prejudicial, ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea", en *Revista Española de Derecho Constitucional,* n.º 29, 1990, p. 198.

[41] Ibídem, p. 45.

En cuanto a la fuerza vinculante entre juez nacional y juez comunitario que establece la interpretación prejudicial, la misma sentencia reza:

> La interpretación prejudicial no es una prueba en el derecho andino, no es la simple absolución de un cuestionario, no está llamada a constituirse como un informe de expertos o como una opinión jurídica de tipo doctrinal. Su fuerza vinculante para el juez nacional se deriva de la atribución fundamental de este Tribunal supranacional "con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente", como reza el preámbulo de su Tratado de Creación que es instrumento orientador para la hermenéutica de su ordenamiento básico primario.

De lo expuesto se deriva que una de las características básicas del TJCAN es no solo establecer una línea doctrinal jurisprudencial, sino, más allá de eso, cimentar las bases del derecho comunitario a través de la interpretación prejudicial en cuanto a la relación juez nacional y juez comunitario. Sin embargo, el concepto por el cual los jueces nacionales actúan como jueces comunitarios solo implicaría que tienen tal grado al aplicar la normativa comunitaria, ya que su interpretación estaría restringida única y exclusivamente al TJCAN. En cuanto a la posibilidad de que el juez nacional pueda negarse a cumplir lo establecido por el TJCAN, la sentencia 11-IP-1996 rechaza dicha posibilidad al declarar:

> No es concebible para este Tribunal, que el juez, por sí mismo o a pedido de las partes o sus representantes en los procesos internos pueda resistirse a dar cabal cumplimiento a la petición de interpretación prejudicial. Las consecuencias de esta conducta "contra legem" puede derivar en acciones de incumplimiento o en vicios procesales de consecuencias impredecibles.

No obstante, en cuanto a la consideración de aplicar teorías interpretativas como la del acto claro y del acto aclarado en interpretaciones prejudiciales andinas, es importante ver la autocrítica y la reflexión sobre la no aplicación del acto aclarado que realiza el TJCA, en su *Testimonio comunitario:*

> Las interpretaciones prejudiciales del Tribunal Andino versan en su gran mayoría en cuestiones de interpretación de la normativa andina sobre Propiedad Intelectual, donde se ha elaborado una valiosa jurisprudencia que en muchos casos se repite de manera inmisericorde relegando el valor de este mecanismo a un trámite más que dilata innecesariamente la tramitación de un juicio.[42]

Se puede establecer que el TJCAN no reconoce como una herramienta de celeridad a las doctrinas del acto claro ni del acto aclarado, esto en un posible desmedro de la

[42] Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: *Testimonio comunitario,* Quito: Señal, 2004, p. 145.

relación del juez nacional y el juez comunitario, puesto que el margen de acción del juez nacional se restringe al mínimo al ser solo el aplicador de la norma comunitaria. En efecto, la interpretación de esta se halla enteramente en manos del TJCAN, lo que derivaría inclusive en retardación de justicia para los ciudadanos de los países miembros, ya que el Tribunal Andino muchas veces se sobrecarga con análisis de casos similares que se dilatan en el tiempo.

5.1. Diferencia de la teoría del acto claro con la teoría del acto aclarado

La principal diferencia entre la teoría del acto claro y la teoría del acto aclarado se basa en el papel que juega el juez nacional al conocer sobre una normativa comunitaria. En la primera se da una seguridad o convencimiento íntimo en el juez de cómo aplicar una normativa comunitaria; en cambio, en la segunda se da preeminencia a la reiterada jurisprudencia que tenga el tribunal sobre una materia determinada, por lo que su reenvío al tribunal comunitario se hace innecesario.

En ambas situaciones el juez nacional es determinante y tiene la facultad de decisión en temas comunitarios, lo que no acontece en la actualidad, ya que en la resolución de sus interpretaciones comunitarias el TJCAN utiliza exclusivamente la teoría del litigio concreto.[43]

La aplicación de la teoría del acto aclarado, por su parte, tiene por finalidad evitar la morosidad, el gasto de tiempo y recursos que significa, tanto para la jurisdicción supranacional como para la nacional, el poner en funcionamiento el procedimiento de la interpretación prejudicial cuando existe ya jurisprudencia del TJCA emitida en un expediente similar, de cuya interpretación puede encargarse el juez nacional.

5.2. Crítica a la teoría del litigio concreto en la interpretación prejudicial andina

En estricta aplicación de la teoría del litigio concreto,[44] es de competencia del TJCA establecer qué normativa comunitaria andina se va a interpretar, de manera que dicho tribunal analizará la pertinencia o no de tales normas. El juez consultante, al ser notificado con la interpretación prejudicial, deberá continuar la respectiva tramitación del proceso. Es decir, una vez resuelto el incidente procesal está obligado a adoptar el

[43] Por la que toda duda del juez nacional de última instancia sobre derecho comunitario deberá contar necesariamente con la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

[44] En el siglo XIX, cuando se expidió el Código de Napoleón, se rendía un verdadero culto a la ley codificada. Según Montesquieu, "Los jueces de la nación no son sino el portavoz que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar ni el rigor ni la fuerza de los textos de la ley". Refiriéndose a esta concepción, Portalis, el principal redactor del Código Civil francés, señalaba que los "jueces eran llamados a juzgar como si los legisladores fueran dioses, mientras que ellos, los jueces, no llegaban siquiera a la categoría de hombres". Uribe Restrepo: o. cit., p. 64.

pronunciamiento del tribunal comunitario en su respectiva sentencia, según establece el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal.[45]

En otras palabras, la finalidad primaria de la interpretación prejudicial a primera vista es conseguir y asegurar la interpretación, y por ende también la aplicación, uniforme del derecho comunitario en todos los países miembros. No obstante, si dicha interpretación se da solamente a través de la aplicación de la teoría del litigio concreto, solo logrará convertirse en un esclavo de la ley, o de la *lege data,*[46] puesto que se parte de la base de que el texto legal era perfecto, completo y acabado, sin posibilidad de que en él hubiera contradicciones o vacíos. El intérprete resultaba ser así tan solo un historiador de la ley, y aparte de ella no podía tener en cuenta la equidad ni considerar otras posibles fuentes de derecho, tales como los principios generales, la doctrina, la costumbre o la jurisprudencia.[47]

Es decir, las facultades interpretativas del juez con la teoría del litigio concreto se verían reducidas a las de un mero repetidor, sin posibilidad ninguna de ser parte del derecho comunitario andino más que en su aplicación, lo que contradiría la definición que hace Vigil Toledo, de que la interpretación prejudicial "asegura la aplicación uniforme de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico Andino y convierte automáticamente en jueces comunitarios a los jueces nacionales". Dicha conversión en la práctica no sería posible puesto que el juez se convierte únicamente en instrumento del TJCAN, en un funcionario, un burócrata que solo cumple una finalidad administrativa, reduciendo el más importante recurso de interpretación prejudicial a un mero trámite legal.

---

[45] "De la interpretación prejudicial.

"Art. 32. Corresponderá al tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros.

"Art. 33. Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

"En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal.

"Art. 34. En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto. El Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, no obstante lo cual podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada

"Art. 35. El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal.

"Art. 36. Los países miembros de la Comunidad Andina velarán por el cumplimiento de las disposiciones del presente tratado y en particular de la observancia por parte de los jueces nacionales a lo establecido en la presente Sección." Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, modificado por el Protocolo de Cochabamba.

[46] "Selon la loi en vigueur", o "según la ley en vigor".

[47] Uribe Restrepo: o. cit., p. 65.

5.3. Fundamento de aplicar la teoría del acto aclarado

Ahora bien, ya que se plantea a la interpretación prejudicial como el principal mecanismo de interacción y cooperación entre el juez comunitario y el juez nacional, ¿existe alguna teoría interpretativa, más allá de la del litigio concreto, que ayude a establecer una relación más fluida entre dichos jueces y a la vez facilite la elaboración de una jurisprudencia uniforme en relación con la interpretación prejudicial en el ámbito andino? Se explicará a la teoría del acto aclarado[48] como una posible solución a esta interrogante.

Concebida la teoría del acto aclarado en Europa,[49] como una teoría que procura al juez la libertad de interpretar una determinada ley comunitaria basándose en la reiterada jurisprudencia que el TJCE ha desarrollado, este parece ser el mecanismo más adecuado para ser incorporado por el organismo jurisdiccional andino, ya que su jurisprudencia, principalmente en materia de marcas y patentes, es suficiente para cumplir este cometido.

El principal actor en la conformación de esta jurisprudencia en la subregión andina (véase el cuadro 2 del anexo) en materia de propiedad intelectual es solo un país, Colombia, que de manera sostenida y constante hace uso del mecanismo de la interpretación prejudicial y señala las principales pautas jurisprudenciales que sigue el TJCA. Entonces, el fundamento básico de considerar la teoría del acto aclarado debería basarse, al igual que en la experiencia europea, en la jurisprudencia y la repetición constante de casos que presenta el TJCA, ya que esto convertiría al juez nacional en el primer uniformador del derecho comunitario y sería un puntal para, paulatinamente, consagrar en la práctica el principio de primacía de la norma comunitaria frente a la legislación nacional.

Es menester señalar que el TJCAN podría mostrarse escéptico al aplicar dicha teoría, puesto que, precisamente por el desconocimiento que muestra el juez nacional

---

[48] La teoría del acto claro aún da mayor libertad interpretativa al juez, ya que no se basa en la jurisprudencia como lo hace la teoría del acto aclarado, sino en la convicción íntima y personal de un juez de que no tiene duda ninguna sobre la aplicación del derecho comunitario

[49] "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) declaró en su sentencia Van Gend […] que el [antiguo] art. 12 del TCEE [Tratado de la Comunidad Económica Europea] […], en tanto y en cuanto constituía una norma clara, precisa e incondicional, tenía efecto directo, es decir que podía ser invocada en forma automática por los particulares ante los jueces nacionales y estos, en consecuencia, debían salvaguardar los derechos que dicho artículo podía generar en cabeza de las personas físicas o jurídicas. La decisión del Tribunal fue emitida en atención a la interpretación prejudicial que le fuera cursada por la Tariefcommissie de Ámsterdam (tribunal fiscal). El pleito a nivel nacional, en cuyo marco se planteó la cuestión prejudicial, se inició a partir del recurso incoado por un particular, la empresa Van Gend (que importaba determinados productos de Alemania), contra la Aduana holandesa por el cobro de aranceles a la importación por un monto superior a los que regían al momento de la entrada en vigor del TCEE (1 de enero de 1958). La consulta remitida por el juez nacional al TJCE hacía relación a saber si el mencionado art. 12 era susceptible de ser invocado por los particulares." Patricio Bueno Martínez: *La teoría del acto aclarado, ¿resulta necesaria su aplicación en el marco de la interpretación prejudicial andina?,* Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina, 2003, p. 2.

sobre la jurisprudencia andina, no podría garantizar efectivamente la uniformidad de la aplicación al interpretar una norma comunitaria. No obstante, este parece ser un riesgo menor si se informa adecuadamente al juez nacional sobre los lineamientos jurisprudenciales en los que ha trabajado el TJCAN, lo cual incidiría en una mayor eficiencia y coordinación entre ambos tribunales, nacional y comunitario, y se daría en la práctica la consagración del principio comunitario clásico de que todo juez nacional es juez comunitario. El continuo incremento de solicitudes de interpretación prejudicial (casi 200 en el 2009) reflejan la base jurisprudencial en la que se debería apoyar el juez nacional; de esta manera se evitaría, como se expuso líneas arriba, la interpretación de una misma temática, la cual se repite tantas veces que tiende a ser redundante y burocrática.

Algunos temas sobre los que ha venido realizando interpretación el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y sobre los que se ha conformado jurisprudencia bastante y suficiente son: relación derecho comunitario-derecho interno, complemento indispensable (8-IP-1995, 9-IP-1996,27-IP-1998), principio de libertad económica (87-IP-2002), principio de especialidad (95-IP-20), principio de territorialidad (106-IP-2003, 44-IP-2002), fuentes del derecho comunitario, jerarquía normativa: originario, derivado (1-IP-1996, 10-IP-94, 1-IP-87, 6-IP-89), aplicación uniforme (11-IP-1996, 3-IP-1994, 6-IP-1993), teoría del acto claro y aclarado (4-IP-1994,1-IP-87, 3-IP-88, 4-IP-88, 5-IP-94, 9-IP-94, 91-IP-2002.), obligaciones del juez nacional consultante (141-IP-2003, 10-IP-94, 1-IP-2002, 1-IP-87, 4-IP-94, 6-IP-99, 11-IP-96, 30-IP-99, 1-IP-94, 91-IP-2002, 97-IP-2002, 7-IP-96, 17-IP-2001, 36-IP-99, 8-IP-98, 8-IP-95), principio *audiatur altera pas* ('óigase a la otra parte'): (4-IP-1995, 8-IP-1995).

En materia de normativa andina: emisión de la factura comercial desde un tercer país (18-IP-2004, 35-AN-2001, 6-IP-93, 10-IP-94), mercaderías expedidas directamente (18-IP-2004, 35-AN-2001, 6-IP-93, 10-IP-94), de la declaración del productor y la certificación de origen (18-IP-2004, 35-AN-2001, 6-IP-93, 10-IP-94).

En materia de propiedad intelectual: la marca gráfica-figurativa: (9-IP-1994, 1-IP-87, 4-IP-88, 4-IP-91), dilución de la marca (31-IP-1996, 4-IP-94), abandono de la solicitud de patente, (106-IP-2002, 47-IP-99, 34-IP-95), marcas defensivas (92-IP-2002,100-IP-2002, 97-IP-2002), marcas derivadas (92-IP-2002, 100-IP-2002, 97-IP-2002) y conexión competitiva (26-IP-2003, 77-IP-2001).

Las interpretaciones prejudiciales andinas se van a acumular por materias específicas relacionadas con intercambio comercial y más específicamente con la propiedad intelectual, materia que en muchos casos tiende a ser repetitiva y a tener un mismo tenor en la sentencia del TJCA.

En otras palabras, la anterior descripción de temas y sentencias muestra que ya hay criterios acumulados que, habiendo sido elaborados por el TJCAN, al ser transmitidos al juez nacional lo llevarían a tener conciencia de la jurisprudencia comunitaria, a desarrollar un criterio interpretativo con relación a esta y a convertirse en un juez integracionista, garantista, que aplique de manera uniforme el acervo comunitario y no sea un mero corresponsal de interpretaciones prejudiciales o, en palabras de la Ilustración francesa, el juez que *solo es la boca de la ley*.

Los casos mencionados ejemplifican claramente que bien podría el juez nacional, para dictar la sentencia en la que tiene que aplicar una norma comunitaria, analizar los pronunciamientos del TJCAN y, si existe identidad objetiva entre el proceso a decidirse y el anterior, no efectuar el reenvío de la cuestión prejudicial al TJCAN y resolver el litigio acogiendo la jurisprudencia comunitaria, siempre evitando hacerlo con base en su criterio personal. En esta dirección, no cabe duda de que se cumple la finalidad del mecanismo recogido en el artículo 32 del Tratado de Creación del TJCAN: "asegurar su aplicación uniforme" en el territorio de los países miembros por el juez nacional, como pieza clave de dicha aplicación uniforme.

Entonces, puede colegirse que solamente con la aplicación de la teoría del acto aclarado y la teoría del acto claro como teoría subsidiaria, entendidas como una especie de descentralización de la norma comunitaria, respaldada a su vez por jurisprudencia firme y abundante del TJCA a favor del juez nacional, se garantizaría la aplicación uniforme del derecho comunitario andino, ya que afianzaría en dicho juez nacional la conciencia práctica de que le corresponde ser juez comunitario y por ende aplicador y partícipe de la normativa andina.

6. Conclusiones

Las teorías interpretativas del acto aclarado y del acto claro[50] son una elaboración de la jurisprudencia europea con un propósito definido, que es dar mayor capacidad de razonamiento y decisión al juez nacional. Esto no acontece en el derecho comunitario andino, donde se desecha su aplicación y se hace obligatorio el reenvío al organismo de justicia comunitario de cualquier duda interpretativa que exista sobre la norma comunitaria. Lo anterior incidiría directamente en la posibilidad de que no se haga partícipe al juez nacional en la interpretación del derecho comunitario ni en la conformación de una jurisprudencia uniforme, reduciendo su papel a un mero aplicador de la ley comunitaria.

Se puede establecer entonces que el fundamento básico para que el TJCAN adopte la teoría del acto aclarado, tal como lo hizo el TJCE, es una relación de coordinación entre el juez nacional y el juez comunitario, que evitaría el desgaste de enviar interpretaciones de temas sobre los que existe jurisprudencia, ahorraría recursos económicos, daría preponderancia a los principios de celeridad y eficiencia en la justicia evitando dilaciones en los procesos, y convertiría al juez nacional en un elemento que garantizaría la aplicación uniforme de la jurisprudencia comunitaria al caso concreto. Este último elemento se vería reforzado al ser el juez nacional el intérprete por excelencia de la jurisprudencia andina, tomando conciencia de su aplicación incluso en los países miembros cuya participación en este recurso legal comunitario ha sido deficitaria

[50] Tómese en cuenta que se analiza esta necesidad de interpretar las disposiciones comunitarias desde la teoría del acto aclarado, que implica basarse en la jurisprudencia andina, no así la teoría del acto claro, cuyas características dan incluso mayor libertad interpretativa al juez nacional, incidencias diferentes que no son el tema principal de este artículo.

(tal es el caso de Bolivia, que en todos estos años solo envió un par de solicitudes de interpretación prejudicial, o Perú, que envió unas cinco al órgano jurisdiccional comunitario andino). Una posible solución a este desequilibrio puede ser dar el atributo de interpretar la ley comunitaria al juez nacional, a partir de la jurisprudencia andina, para que desde su identidad y experiencia se vaya tomando conciencia de la importancia del derecho comunitario andino como un verdadero puntal de la integración y se lo asuma como propio e interno del Estado miembro.

Además, resulta necesario debatir sobre por qué la interpretación prejudicial es objeto de tan poca participación en los países andinos (a excepción de Colombia). Más allá de que se adopte la teoría del acto aclarado, para tender puentes entre el juez nacional y el juez comunitario se debe establecer si su escasa aplicación por los países miembros se relaciona con la débil divulgación que se hace del derecho comunitario andino, por lo que se deberá discutir en espacios de reflexión académicos —no solo en el mundo jurídico— sobre la efectividad de los recursos comunitarios andinos, la identificación de los países andinos con dichos recursos, e incluso replantear, si es necesario, si tales recursos ayudan efectivamente a complementar el proceso que se construye en la CAN, lo cohesionan y complementan o, por el contrario, solo burocratizan más una necesidad imperiosa que anhelan nuestros pueblos, como es la integración andina.

Bibliografía

Akehurst, Michael: *Introducción al derecho internacional*, versión española y notas de Manuel Medina Ortega, Madrid: Alianza, 1972.

Alonso García, Ricardo: *Sistema jurídico de la Unión Europea,* Pamplona: Aranzadi, 2007.

Alonso García, R., y J. M. Baño León: "El recurso de amparo frente a la negativa de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea", en *Revista Española de Derecho Constitucional,* n.º 29, 1990.

Alvarado Baena, Vivian: *Las pretensiones de nulidad, incumplimiento e interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina,* Bogotá: Centro Colombiano del Derecho de Autor, 1996.

Anderson, J.: "The State of the (European) Union, from the single Market to Maastricht, from Singular Events to General Theories", en *World Politic,* 1995.

Andrés Sáenz de Santa María, P., J. A. González Vega y B. Fernández Pérez: *Introducción al Derecho de la Unión Europea,* Madrid: Eurolex, 2.ª ed., 1999.

Arenal, Celestino: *Introducción a las relaciones internacionales*. Madrid: Tecnos, 3.ª ed., 1990.

Borchardt, Klaus-Dieter: *La unificación europea. Nacimiento y desarrollo de la Unión Europea*, Roma: Documentación Europea, 4.ª ed., 1995.

Bueno Martínez, Patricio: "La cooperación judicial a través de la interpretación prejudicial", en *Memoria del seminario internacional: Integración económica y derecho comunitario. Modelos europeos y americanos (Santafé de Bogotá, abril 24, 25 y 26 de mayo de 1995),* Bogotá: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Comunidad Europea y Cámara de Comercio de Bogotá, 1995.

Catalano, Nicola: *Manual de derecho de las Comunidades Europeas,* trad. Marino Ayerra, Buenos Aires: Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Instituto para la Integración de América Latina (INTAL), 1966.

Crespo, Carmen Helena: *Preeminencia y aplicación directa del derecho comunitario*, Quito, 1993.

Cuadernos de Estudios Europeos, Madrid: Civitas, 1997.

Dallanegra, Luis: *Tendencias del orden mundial: el futuro del Estado Nación,* 2004, disponible en ‹http://grupos.emagister.com/documento/tendencias_del_orden_mundial/9428-338515›.

De Soussa Santos, B.: *La globalización del derecho,* Bogotá: ILSA, 1998, p. 41.

De Tomaso, R.: "La interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina", en *Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil,* n.º 41, Guayaquil, 2001.

Dromi, José Roberto: *Acuerdo Mercosur-Unión Europea*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

Ekmekdjian, Miguel Ángel: *Derecho comunitario*, Buenos Aires: Depalma, 1996.

Ferreira Rey, Omar: "Derecho internacional público y derecho de la integración", en *El derecho de la integración en el Grupo Andino, la CEE, el CAME y la ALADI,* Lima: Junta del Acuerdo de Cartagena, 2.ª ed., 1983.

García de Enterría, Eduardo, Ricardo Alonso García y Antonio Tizzano: *Código de la Unión Europea. Anexo de actualización,* Madrid: Civitas, 2001.

González-Oldekop, Florencia: *La integración y sus instituciones. Los casos de la Comunidad Europea y el Mercosur,* Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

Guerrero Mayorga, Orlando: "El proceso de integración centroamericana y la globalización", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004.

Guy, Isaac: *Manual del derecho comunitario general*, Barcelona: Ariel, 3.ª ed., 1995.

Hassenteufel Salazar, Oscar: "La interpretación prejudicial en los países andinos: caso boliviano", en *Memoria del seminario internacional: Integración económica y derecho comunitario. Modelos europeos y americanos (Santafé de Bogotá, abril 24, 25 y 26 de mayo de 1995),* Bogotá: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Comunidad Europea y Cámara de Comercio de Bogotá, 1995, pp. 161-187.

Insignares Cera, Silvia: "El derecho comunitario andino, ¿obstáculo en la integración?", en *Revista de Derecho,* n.º 27, Universidad del Norte Barranquilla julio de 2007.

Jacqué, Jean-Paul: *Aspectos institucionales y jurídicos de la integración,* Montevideo: Centro de Formación para la Integración Regional, 1998.

Kaune A., Walter. *De la necesidad de la integración y su proyección,* inédito, Quito, 2003.

— *Manual introductivo sobre: El tribunal comunitario andino dentro del contexto del derecho comunitario y sus competencias, responsabilidad patrimonial de los países miembros e indemnización de daños,* Quito: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2007.

Klaus, Dieter Borchardt: *El ABC del derecho comunitario*, Madrid: Tecnos, 1999, p. 78.

Kremelmajer de Carlucci, Aída: "Derecho comunitario y derecho constitucional", en *Integración regional, perspectivas para América Latina*, San Juan: Fundación Universidad Nacional de San Juan, 1994.

Kurtis, Mark: *The Schengen Area and Cooperation,* Georgetown, 2008.

López Monroy, José de Jesús: *Sistema jurídico del common law,* México: Porrúa, 2.ª ed., 2001.

Maldonado Lira, Héctor: *30 años de integración andina. Balance y perspectivas,* Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina, 1999.

Mangas Martin, Araceli: *Algunas reflexiones en torno al proceso jurídico de la Unión Europea,* Madrid: Universidad Complutense, 2002.

Mangas Martin, Araceli, y Diego Liñán Nogueras: *Instituciones y derecho de la Unión Europea,* Madrid: McGraw-Hill, 2.ª ed., 1999.

Manrique, Roberto S.: "El derecho y la globalización de la economía: supranacionalidad y tribunales comunitarios", en *Integración internacional,* Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 1998.

Manzano Silva, Elena: "La obligación de plantear cuestión prejudicial ante el TJCE. Comentario al ATC 62/2007", en *Anuario de la Facultad de Derecho,* Universidad de Extremadura, 2007.

Mariscal, Nicolás: *Teorías políticas de la integración europea,* Madrid: Tecnos, 2003.

Mengozzi, Paolo: *Derecho comunitario de la Unión Europea,* Bolonia: Tecnos, 2000.

Molina del Pozo, Carlos Francisco: *Manual de derecho de la Comunidad Europea,* Madrid: Dijusa, 2002.

Montaño Galarza, Céar: "Comentarios y reflexiones sobre el derecho comunitario", en *Foro,* n.º 1, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, y Corporación Editora Nacional, 2003.

— "Constitución ecuatoriana e integración andina: la situación del poder tributario del Estado", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004*, t. II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004.

Moravsick. A., *Negotiating the Single european Act: nacional Interests and Convencional Statecraft in the Europan Community. International Organization*, Nueva York, 1991.

Nogueira Alcalá, Humberto: "Las Constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2000*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2000.

Ortiz Blanco, Luis: *El procedimiento en el derecho de la competencia comunitaria,* Madrid: Fundación Universidad Empresa, 1994.

Perotti, Alejandro: *Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el derecho andino,* Lima: Secretaría General de la CAN, Biblioteca Digital Andina, 2005.

Pico Mantilla, Galo: *Temas jurídicos de la Comunidad Andina,* Quito, 2009.

Pizzolo, Calogero: *Pensar el Mercosur,* Buenos Aires: Ediar, 1999, p. 66.

Remiro Brotóns, A.: *Derecho internacional,* Madrid: McGraw-Hill, 1997.

Rentero Jover, J., P. Aramendi Sánchez y J. F. Lousada Arochena: "La cuestión prejudicial y los órganos judiciales sociales. Introducción a la cuestión prejudicial comunitaria", en *Arazandi Social,* n.º 1, Pamplona, 2006.

Riechenberg, Kurt: "El proceso prejudicial en la Unión Europea", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004,* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004.

Rodríguez Carrión, Alejandro: *Lecciones de derecho comunitario,* Andalucía: Luz, 1999.

Sabine, Carlos: *Elementos de derecho internacional,* México: Coloquio, 1995.

Sáenz de Santa María, Paz Andrés: *Introducción al derecho de la Unión Europea,* Madrid: Eurolex, 2.ª ed., 1999.

Salmon Garate, Elizabeth: "Evolución institucional de la Comunidad Andina. Perspectivas y problemas", en *Derecho comunitario andino*, Lima: Pontificia Universidad Catolica del Perú, 2003.

Sberro, S., y J. Bacaria: "La integración de América Latina. Entre la referencia europea y el modelo estadounidense", en *Foreign Affairs en Español,* 2002, disponible en ‹http://www.foreignaffairsesp.org/search/article›.

Sosa Gómez, Cecilia: "La interpretación prejudicial y el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (referencia al caso venezolano)", en *Memorias del seminario internacional La integración, derecho y los tribunales comunitarios,* Quito, Cuenca, Guayaquil y Trujillo, julio y agosto de 1996.

Tangarife Torres, Marcel: *Derecho de la integración en la Comunidad Andina*, Medellín, Raisbeck, Lara, Rodríguez & Rueda, Baker & McKenzie, 2002.

Tosi, Jorge L.: *Comercio internacional y Mercosur*, Buenos Aires: La Roca, 1999.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: *Testimonio comunitario,* Quito: Señal, 2004.

Uribe Restrepo, Fernando: *El derecho de la integración en el Grupo Andino,* Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1990.

— *La interpretación prejudicial en el derecho andino*, Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1993.

Urueña, René: *Derecho de las organizaciones internacionales,* Bogotá: Universidad de Los Andes y Uniandes, 2008.

Viera, E.: *La integración de América Latina: del Congreso Anfictiónico de Panamá en 1826 a una comunidad latinoamericana o sudamericana en el año 2010*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2004.

Vigil Toledo, Ricardo: "La consulta prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004,* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004.

Zelada Castedo, Alberto: *Derecho de la integración económica regional*, Buenos Aires: BID/INTAL, 1989.

— *Solución de controversias en el derecho internacional económico y en el derecho de la integración económica regional,* Sucre: Universidad Andina Simón Bolívar, 1996.

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Sentencia 3-AI-89, del 12 de octubre de 1993.
Sentencia 2-86, del 15 de julio de 1987.
Sentencia 131-IP-2003, del 12 de mayo de 1987
Sentencia 1-89, *Gaceta Oficial,* n.º 43, del 30 de mayo de 1989.

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

Sentencia *Bollmann,* 40/69, 1970.
Sentencia *CILFIT,* 283/81, 6 de octubre de 1982.
Sentencia *Colibrí Lighters Limited,* 131-IP-2003.
Sentencia *Da Costa,* 27 de marzo de 1963.
Sentencia *Foto Frost,* 314/85, 22 de octubre de 1987.
Sentencia *Krohn,* 175/84, 26 de febrero de 1986.
Sentencia *Simmental,* 106/77, 9 de marzo de 1978.
Sentencia *Vaasen Göbbels,* 30 junio 1966 (61/65).
Sentencia *Volvo,* 1-IP-87.
Sentencia *Zuckerfabrik,* C-143/88 y C-92/89, 21 de febrero de 1991.

ANEXO

Los siguientes cuadros y gráficos muestran la evolución del número de interpretaciones prejudiciales presentadas ante el TJCAN y la participación de los países andinos en dicha competencia jurisdiccional.

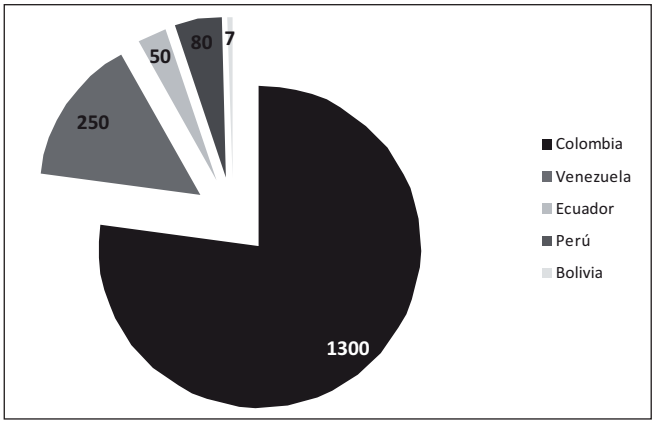
Cuadro 1. Número de interpretaciones prejudiciales presentadas y solucionadas por el TJCAN (1985-2009)

Año	Procesos	Año	Procesos
1985	0	1998	45
1986	0	1999	41
1987	1	2000	77
1988	4	2001	70
1989	7	2002	100
1990	6	2003	134
1991	4	2004	171
1992	3	2005	233
1993	6	2006	198
1994	10	2007	199
1995	34	2008	131
1996	32	2009	149
1997	32	TOTAL	1687

Fuente: Elaboración propia con información del Tribunal de Justicia de la CAN: ‹http://www.tribunalandino.org.ec/index.php›.

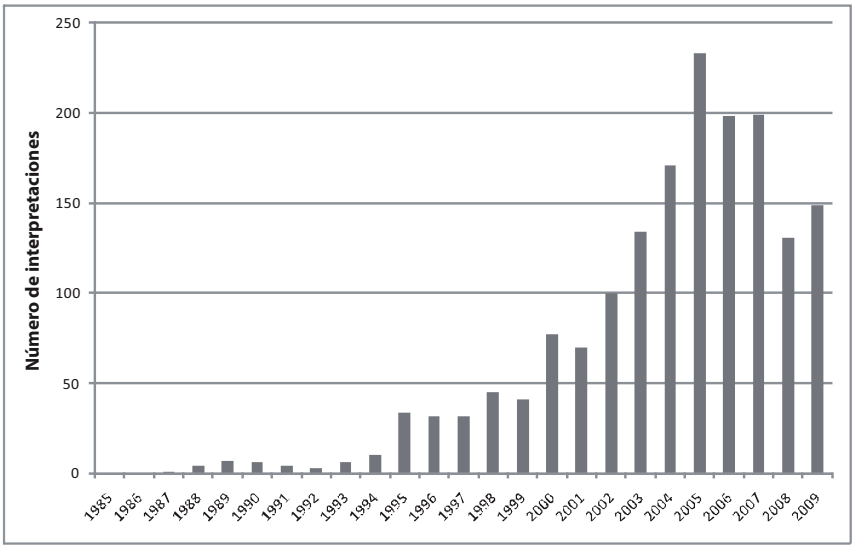
El cuadro 1 muestra la tendencia ascendente en la cantidad de interpretaciones prejudiciales solicitadas, desde 0 en los dos primeros años hasta 149 en el 2009. Desde el 2000 se puede evidenciar que el número de interpretaciones prejudiciales solicitadas prácticamente se duplicó, e incluso llegó a triplicarse en los últimos años.

Gráfico 1. Número de interpretaciones prejudiciales por países



Fuente: Elaboración propia con información del Tribunal de Justicia de la CAN: ‹http://www.tribunalandino.org.ec/index.php›.

Gráfico 2. Número de interpretaciones prejudiciales por año (1985-2009)



Fuente: Elaboración propia con información del Tribunal de Justicia de la CAN: ‹http://www.tribunalandino.org.ec/index.php›.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, PP. 59-78, ISSN 1510-4974

Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México)*

La Suprema Corte de Justicia de México como legislador positivo**

RESUMEN

Desde una perspectiva material, la Suprema Corte de México ha evolucionado de una corte de casación a un tribunal constitucional. Sus atribuciones desde la reforma constitucional de 1994 le otorgan la posibilidad en exclusiva de declarar la invalidez general de las normas con efectos generales hacia el futuro. A tres lustros de distancia se advierte una evolución en el tipo de sentencias que dicta, de tal modo que en ocasiones su actuación se perfila hacia un verdadero legislador positivo, en consonancia con cierta tendencia evolutiva de los tribunales constitucionales, a través de una función activa y creadora del derecho, como lo demuestra la doctrina de la reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad a las declaradas inválidas. No obstante, esta tendencia se ve desdibujada con criterios dubitativos e inconstantes, como en el caso de las omisiones legislativas.

Palabras clave: tribunales constitucionales, control constitucional, proceso constitucional, justicia constitucional, jurisprudencia, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.

ZUSAMENFASSUNG

Materiellrechtlich hat sich der Oberste Gerichtshof Mexikos von einen Kassationsgerichtshof zu einem Verfassungsgericht gewandelt. Im Rahmen seiner Vollmachten hat er seit der Verfassungsreform von 1994 als einziges Gericht die Möglichkeit, gesetzliche Regelungen als solche mit allgemeiner Wirkung für die Zukunft für ungültig zu erklären. Fünfzehn Jahre später lässt sich eine Entwicklung der von ihm verkündeten Urteile dahingehend feststellen, dass sein Vorgehen in einigen Fällen aufgrund seiner aktiven Rechtssetzungsfunktion dem eines regelrechten positiven Gesetzgebers nahe kommt und damit einer Entwicklungstendenz von Verfassungsgerichten folgt. Dies zeigt sich unter anderem an der Doktrin vom Wiederaufleben

---

* Juez *ad hoc* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (‹eferrerm@servidor.unam.mx›). Director de la Revista Iberoamericana de *Derecho Procesal Constitucional*, ‹www.iidpc.org›, ‹effererm@servidor.unam.mx›

** El presente trabajo fue presentado en inglés como *relatoría nacional* en el XVIII International Congress of Comparative Law (Washington, 25 de julio al 1.º de agosto del 2010), con el título "The Mexican Supreme Court of Justice as a positive legislator". La ponencia general estuvo a cargo del destacado constitucionalista venezolano Dr. Allan R. Brewer-Carías: "Constitutional Courts as Positive Legislators".

ehemals gültiger Bestimmungen, die in der Folge für ungültig erklärt wurden. Diese Tendenz ist jedoch angesichts in sich unschlüssiger und nicht durchgehend beibehaltener Kriterien nicht eindeutig. Ein Beispiel dafür ist der Fall der Versäumnisse des Gesetzgebers.

Schlagwörter: Verfassungsgerichte, Normenkontrolle, Verfassungsprozess, Verfassungsgerichtsbarkeit, Rechtsprechung, Oberster Gerichtshof der Nation, Mexiko.

ABSTRACT

From a material point of view, Mexico's Supreme Court has evolved from a court of cassation to a constitutional court. Since the constitutional reform of 1994, its functions include the exclusive power to declare the invalidity of rules with *erga omnes* effects and for the future. Fifteen years after the reform we observe an evolution in the court's decisions which on occasion show it acting as a true positive legislator, according to the general trend of constitutional courts: in an active role and creating the law, for example, with its doctrine of revival of the rules that were in force before those that were declared invalid. This trend, however, is blurred by hesitations and changes in the criteria, as in the case of legislative omissions.

Keywords: constitutional courts, constitutional control, constitutional procedure, constitutional justice, jurisprudence, Supreme Court of Justice of the Nation, Mexico.

1. Introducción

Desde el punto de vista material, la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana (en adelante SC) ha evolucionado desde un *tribunal de casación* hacia un *tribunal constitucional,* especialmente a partir de la reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994. Luego de esa fecha su composición se redujo de veintiséis a once ministros, y se le otorgaron facultades para declarar la invalidez de las normas con efectos *erga omnes* hacia el futuro, a través de dos mecanismos: la *acción abstracta de inconstitucionalidad* y las *controversias constitucionales.*

Estas atribuciones son exclusivas de la SC, por lo que la mejor doctrina la ha considerado un verdadero tribunal constitucional, si bien todavía conserva cuestiones propias de una corte de legalidad, al encontrarse en la cúspide del Poder Judicial federal. Debido a esta dualidad de funciones (constitucionales y legales), se ha considerado que el sistema de control de la constitucionalidad en México resulta ser de naturaleza *mixta,* por cuanto posee rasgos del control europeo o concentrado y a la vez aspectos del sistema difuso o americano, debido a que también la SC conoce del *juicio de amparo* (en revisión), en el cual solo puede desaplicar la norma inconstitucional al caso particular.

El cabal ejercicio de estas competencias constitucionales ha llevado a la SC a una evolución en el tipo de sentencias que dicta, de tal modo que ha dejado atrás la conceptualización del célebre jurista vienés Kelsen, en tanto ya no es un simple *legislador negativo,* para avanzar hacia lo que podría denominarse como la actuación de un

verdadero *legislador positivo* en consonancia con cierta tendencia evolutiva de los tribunales constitucionales.[1]

Para justificar lo anterior, a continuación analizaremos brevemente a la SC como un *tribunal constitucional,* así como los efectos de sus sentencias, y muy especialmente los casos que permiten visualizar su función activa y creadora del derecho.

2. La Suprema Corte como tribunal constitucional

2.1. Breves antecedentes

Los antecedentes más lejanos de la SC se encuentran en la Real Audiencia de México, establecida el 29 de noviembre de 1527 como máxima instancia judicial en la época de la Nueva España (1521-1821). Durante la etapa de la lucha de la independencia (1810-1821), funcionó el que se ha considerado el primer tribunal federal: el Supremo Tribunal de Justicia de la América Mexicana, con sede en Ario de Rosales, Michoacán (1815).

Sin embargo, la SC formalmente quedó regulada en la primera Constitución vigente del México independiente. La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos promulgada el 4 de octubre de 1824 organizaba el Poder Judicial en su artículo 123, el cual depositaba dicho poder en una Corte Suprema de Justicia. Posteriormente, los ordenamientos constitucionales centralistas (las Siete Leyes de 1836 y las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843) también regularon a la SC.

A partir de la Constitución Federal del 5 de febrero de 1857 la SC adquirió competencias de control constitucional definidas a través del juicio de amparo, instrumento que a lo largo del juicio XIX fue conformando su peculiar naturaleza actual, que se definió en la vigente Constitución Federal de 1917.

2.2. Evolución constitucional

Para los efectos que aquí nos interesan, las dos reformas constitucionales más importantes en materia judicial, y especialmente de transformación de la SC en un tribunal constitucional, se efectuaron en los años de 1987 y particularmente en 1994.

1. La reforma constitucional del 29 de agosto de 1987 tuvo como propósito convertir a la Corte en un *tribunal especializado de naturaleza constitucional,* como expresamente señala la exposición de motivos de la reforma. De esta forma, el control de mera legalidad que antes conocía la SC pasó a los tribunales colegiados de circuito.

2. Seis años después apareció la reforma constitucional en materia judicial más importante de los últimos años. La reforma de 31 de diciembre de 1994 comprendió un total de 27 artículos sustantivos y 12 transitorios. Su importancia se desdobla en

[1] Cf. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *Crónica de tribunales constitucionales en Iberoamérica,* Buenos Aires y Madrid: Marcial Pons, 2009.

dos aspectos fundamentales: primero, en la composición orgánica de la SC (se redujo de veintiséis miembros a once), y segundo, en la creación de todo un sistema de control constitucional, que nos acerca considerablemente a los tribunales constitucionales europeos.

2.3. Competencias

2.3.1. De control constitucional

La SC conoce esencialmente de tres instrumentos de control constitucional: a) la acción abstracta de inconstitucionalidad; b) la controversia constitucional (conflictos competenciales o de atribuciones entre órganos y poderes del Estado), y c) el juicio de amparo.

a. *Control abstracto de inconstitucionalidad.* Esta facultad es exclusiva de la SC a través de la *acción de inconstitucionalidad,* mecanismo regulado en el artículo 105, fracción II, de la Constitución federal.

Se encuentran legitimados para interponer la acción: 1) el 33% de los integrantes de los órganos legislativos (federal o locales); 2) el procurador general de la República; 3) los partidos políticos, y 4) las comisiones de derechos humanos (ombudsman), sea la nacional o las de las entidades federativas.

Como veremos, se requiere de una votación calificada para declarar la invalidez con efectos generales, es decir, cuando se obtengan ocho (de once) votos. En caso de existir mayoría simple, deberá declararse improcedente la acción y archivarse el asunto. Esta exigencia de la mayoría calificada ha sido criticada por la doctrina y existen propuestas para suprimirla.

b. *Control concreto.* Se efectúa a través de dos instrumentos: las controversias constitucionales y el juicio de amparo. A diferencia de la acción abstracta de inconstitucionalidad, estos instrumentos requieren de una afectación concreta (interés legítimo o jurídico) para que procedan.

b.1. *Controversias constitucionales* (conflictos competenciales y de atribuciones). El artículo 105, fracción I, establece once incisos que pueden agruparse en tres categorías: 1) conflictos entre distintos órdenes jurídicos con motivo de la legalidad o constitucionalidad de una norma general o de un acto (por ejemplo, federación y un estado y el Distrito Federal, federación y un estado; 2) conflictos entre órganos de distintos órdenes jurídicos por la legalidad o constitucionalidad de normas generales o de actos (por ejemplo, Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión), y 3) conflictos entre órganos del mismo orden jurídico, por la constitucionalidad de normas generales o de actos (por ejemplo, entre dos poderes de un estado, de un estado y un municipio del mismo estado).[2]

[2] Cf. José Ramón Cossío Díaz: "Artículo 105 constitucional", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *Derecho procesal constitucional*, México: Porrúa, 5.ª ed., 2006, tomo II, pp. 957-999, en p. 982.

Este proceso constitucional es exclusivo de la SC. Las resoluciones pueden tener efectos generales hacia el futuro con la misma exigencia de la votación calificada de ocho ministros. Sin embargo, a diferencia de la acción de inconstitucionalidad, cuando exista mayoría relativa producirá efectos interpartes.

b.2. *Juicio de amparo.* Regulado en los artículos 103 y 107 constitucionales, es el mecanismo de control constitucional más arraigado en México, no solo por tener una tradición centenaria, sino porque representó el único mecanismo efectivo de protección constitucional hasta la multicitada reforma constitucional de 1994.

Una característica es que las sentencias en los juicios de amparo solo protegen el caso particular, es decir, existe una desaplicación de la ley al caso concreto sin que pueda realizarse una declaración general. Desde el año 2001 existe un proyecto de reforma constitucional para otorgar efectos generales a las resoluciones cuando se trate del llamado *amparo contra leyes* y exista jurisprudencia de la SC (tres ejecutorias en el mismo sentido), propuesta todavía pendiente de aprobación. La cuestión ha sido retomada en una nueva iniciativa de 2009, que ya ha sido aprobada por el Senado de la República (con variantes) y está actualmente en discusión en la Cámara de Diputados.

2.3.2. Otras competencias y atribuciones

Además de esas tres competencias constitucionales, la SC tiene otras "peculiares competencias constitucionales", así como múltiples competencias de diversa índole que la asemejan más a un tribunal o corte de casación, alejándola de su pretensión de tribunal constitucional. Entre las más importantes se encuentran el *procedimiento de investigación de la SC* respecto de la posible violación grave de garantías individuales, regulado en el artículo 97, párrafo segundo, de la Constitución; la *facultad de atracción,* para conocer de aquellos amparos que originariamente corresponden a los tribunales colegiados de circuito o bien a los tribunales unitarios de circuito, en los recursos de revisión en juicios ordinarios en que la Federación sea parte y cuando su interés y trascendencia así lo ameriten; la resolución en caso de *contradicción de criterios,* y de *conflictos competenciales entre tribunales colegiados de circuito;* así también conoce de *recursos de ciertas quejas administrativas,* y decide sobre la *destitución de autoridades por violación de las sentencias de amparo.*

3. La Suprema Corte como legislador positivo

La anulación de una ley se produce esencialmente en aplicación de las normas de la Constitución. La libre creación que caracteriza a la legislación prácticamente no se presenta en la anulación. En tanto que el legislador no está vinculado a la Constitución más que con relación al procedimiento y solamente de manera

> excepcional en cuanto al contenido de las leyes que debe dictar —y ello, únicamente, por principios o direcciones generales—, la actividad del legislador negativo, o sea, la actividad de la jurisdicción constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada por la Constitución. Es precisamente por ello que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal en general, y constituye principalmente aplicación del Derecho y, solamente en una débil medida, creación del Derecho; su función es, por tanto, verdaderamente jurisdiccional.[3]

Tal era la concepción del célebre jurista Hans Kelsen, quien al redactar el anteproyecto de la Constitución de Austria de 1920 creó por vez primera un órgano especializado para el control de la regularidad constitucional, denominado tribunal constitucional, el cual debía limitarse a realizar el análisis de constitucionalidad y, dado el caso, proceder a declarar la invalidez de la norma impugnada.

Ahora bien, como ejemplificaremos más adelante, la labor de los tribunales constitucionales modernos ha dejado atrás la sola anulación de leyes; los retos de la justicia constitucional cada vez son más complejos y requieren de una intervención mucho más participativa de los jueces constitucionales, de tal modo que han avanzado en terrenos que para Kelsen eran insospechados y probablemente no deseados. En este tenor, los problemas de constitucionalidad provocan la labor creativa del juez constitucional, quien debe poner en juego todas las herramientas jurídicas a su alcance, conjuntadas con la sensibilidad, prudencia y autocontención que debe tener.

A continuación nos pronunciaremos sobre las sentencias que dicta la SC en su carácter de tribunal constitucional y posteriormente haremos algunas reflexiones sobre casos complejos en los que la respuesta constitucional ha ido más allá de un simple *legislador negativo.*

Para determinar los efectos y contenidos de las sentencias constitucionales que dicta la SC —y para comentar los casos excepcionales—, es necesario distinguir entre los tres mecanismos de control constitucional, debido a que presentan características distintas cada uno de ellos.

3.1. Juicio de amparo (efectos particulares)

Desde el Acta Constitutiva de 1847, los fallos de la SC en materia de amparo se han limitado a proteger el caso particular, conforme el tradicional principio de la relatividad de las sentencias. Estimamos que esta situación debe superarse para incorporar la declaración general de inconstitucionalidad, cuando menos en el sector que se suele denominar *amparo contra leyes.*

Esto ha provocado que las sentencias constitucionales estimatorias en materia de amparo sean limitadas por proteger solo al peticionario, si bien sus efectos, a diferencia de lo que sucede con los otros procesos constitucionales, se retrotraen al momento

[3] Hans Kelsen: "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* n.º 10, México, julio-diciembre 2008, pp. 3-46, p. 25

en que se cometió la violación (*ex tunc*), de conformidad con lo que establece el artículo 80 de la Ley de Amparo:

> La sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto reclamado sea de carácter positivo; y cuando sea de carácter negativo, el efecto del amparo será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trata y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija.

En efecto, la Ley de Amparo dispone que los efectos de las sentencias en esta garantía constitucional serán retroactivos; sin embargo, la jurisprudencia de la SC ha evolucionado para otorgar a las sentencias estimatorias de amparo también efectos hacia el futuro o *ex nunc,* y no solo efectos retroactivos o *ex tunc.* Este avance resulta significativo debido a que rompe con la práctica de la autoridad de volver a aplicar el mismo precepto que había sido objeto de protección, evitando que el quejoso tenga la carga de presentar nuevos amparos contra actos posteriores de aplicación. Ahora, conforme al principio de autoridad de cosa juzgada, los efectos temporales de la sentencia estimatoria no solo consisten en restituir al quejoso al estado en que se encontraba antes de la vulneración de los derechos fundamentales, actuando *hacia el pasado,* destruyendo el acto de aplicación que dio lugar a la promoción del juicio de amparo, así como los actos de aplicación que en su caso se hayan generado durante la tramitación, sino que también actúan *hacia el futuro*, lo que implica que el efecto del amparo sea impedir que en lo sucesivo se aplique al quejoso o agraviado la norma declarada inconstitucional.[4]

También se observa que jurisprudencialmente se han ido matizando los limitados efectos particulares de las sentencias de amparo, de tal suerte que en determinados supuestos se ha extendido la protección a sujetos distintos del peticionario de garantías. Esto sucede, por ejemplo, cuando los efectos se extienden a los codemandados del quejoso, cuando sin haber ejercitado la acción constitucional correspondiente se encuentra acreditado en autos que entre dichos codemandados existe *litisconsorcio pasivo necesario* o que la situación de los litisconsortes es idéntica, afín o común a la de quien sí promovió el juicio de garantías, pues los efectos del citado litisconsorcio pasivo solo se producen dentro del proceso correspondiente, por lo que pueden trasladarse al proceso constitucional.[5]

Por lo que se refiere a la obligatoriedad de la jurisprudencia, debe destacarse que todavía las autoridades administrativas no están obligadas a aplicarla al fundar y motivar sus resoluciones (cuestión que debería cambiar en el futuro). Sin embargo, tratándose del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en razón de que, si bien constituye un órgano formalmente administrativo, materialmente ejerce funciones jurisdiccionales, sí está obligado a aplicar la jurisprudencia que declare la inconstitucionalidad

---

[4] Cf. las siguientes tesis jurisprudenciales: *GSJF,* 8.ª Época, Pleno, abril-junio de 1989; *SJFG,* Pleno, tomo IV, noviembre de 1996, p. 135, y *SJFG,* Pleno, tomo X, noviembre de 1999, p. 19.

[5] Cf. P. J.9/96, *SJFG,* Pleno, tomo III, febrero de 1996, p. 78.

de una ley, sin que ello implique la realización de un pronunciamiento de índole constitucional pues se limita a la aplicación de la jurisprudencia, es decir, solo debe verificar la procedencia de su aplicación al caso, como se advierte de los criterios sustentados en las tesis jurisprudenciales 2a./J. 38/2002 y P./J. 38/2002.[6]

Como complemento de las anteriores jurisprudencias, debe señalarse que la Segunda Sala de la SC estableció criterio, también de carácter jurisprudencial, respecto a que si bien las autoridades administrativas no están obligadas a aplicar la jurisprudencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, sí deben cumplir con las sentencias del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa que declaren la nulidad de una resolución con base en tal tipo de jurisprudencia.[7]

La obligatoriedad de la jurisprudencia que declara la inconstitucionalidad de una ley obtiene alcances mayores si se atiende a la institución de la suplencia de la deficiencia de la queja contenida en el artículo 76 *bis,* fracción I, de la Ley de Amparo, pues tiene como finalidad el eficaz control de la constitucionalidad de las leyes para hacer prevalecer la Constitución como Ley Suprema, lo que no implica soslayar cuestiones de procedencia del juicio de amparo, como quedó plasmado en la tesis jurisprudencial del Tribunal Pleno P./J. 7/2006;[8] en tanto la suplencia opera respecto de cuestiones de fondo, una vez que ha sido procedente el juicio de amparo respecto de la norma o acto reclamado.

La suplencia de la queja en tales términos procede sin que obste que se reclame el primero o ulteriores actos de aplicación de las leyes declaradas inconstitucionales por jurisprudencia del más alto tribunal, según se advierte de la jurisprudencia P./J. 8/2006.[9] Esto no significa que se invaliden las causas de improcedencia derivadas del consentimiento expreso o tácito de la ley a que se refieren las fracciones XI y XII del artículo 73 de la Ley de Amparo, pues, en caso de que estas se actualicen, operarán por lo que se refiere a la ley, pero no procederá el sobreseimiento en el juicio respecto de los actos de aplicación en torno a los cuales procederá conceder el amparo si se fundan en ley declarada jurisprudencialmente inconstitucional, y debe tomarse en cuenta que en términos del artículo 80 del ordenamiento citado los efectos del amparo son restitutorios y no retroactivos, por lo que no podrán abarcarse dentro de la concesión actos anteriores sino solo presentes y futuros, como se precisa en la resolución dictada por el Tribunal Pleno al resolver la contradicción de tesis 54/2004-PL.[10] El beneficio de la suplencia de la queja deficiente resulta aplicable no solo en el amparo directo sino también en el indirecto, en primera instancia o en revisión, tal como se determina en la jurisprudencia plenaria P./J. 6/2006.[11]

Ahora bien, la fuerza expansiva de la jurisprudencia se patentiza con la determinación plenaria de constituir jurisprudencia en materias genéricas o temáticas, lo que implica la obligatoriedad en el juicio de amparo de su aplicación por los jueces y

---

[6] 2a./J. 38/2002, *SGFG*, novena época, t. XV, mayo de 2002, p. 175; y P. J. 38/2002, *SJFG*, novena época, t. XVI, agosto de 2002, p. 5.

[7] 2a./J. 89/2004, *SJFG*, novena época, t. XX, julio de 2004, p. 281.

[8] T. XXIII, Pleno, *SGFJ*, febrero de 2006, p. 7.

[9] T. XXIII, novena época, *SJFG*, febrero de 2006, p. 9.

[10] Sentencia publicada en el *SJFG*, novena época, t. XXIII, febrero de 2006.

[11] T. XXIII, novena época, *SJFG*, febrero de 2006, p. 7.

tribunales del Poder Judicial de la Federación para todos los casos comprendidos en ella o análogos, aun cuando se trate de distintas normas jurídicas pero de igual o similar contenido. Lo anterior se señala así en la jurisprudencia plenaria P./J. 104/2007.[12]

Partiendo de la extensión de la fuerza de la jurisprudencia a través del establecimiento de la jurisprudencia genérica o temática, adquiere especial relevancia la tesis establecida por el Pleno del más alto tribunal, respecto a que lo importante para integrar la jurisprudencia por reiteración es el criterio común aplicable en varios asuntos aun cuando varíen las circunstancias específicas de las normas analizadas (vigencia, autoridades emisoras, número de precepto, etcétera). Así, la posibilidad de establecer jurisprudencias temáticas facilita y agiliza la integración de criterios jurisprudenciales de aplicación obligatoria, pues con independencia de que se presenten o no casos iguales podrá definirse el criterio que restablezca el orden constitucional a casos similares, incrementando así su eficacia.[13]

Finalmente, también es importante resaltar que respecto a algunas resoluciones concesorias de amparo, que tienen relación directa con el trato inequitativo proveniente de la norma, se ha determinado que su efecto es el de reconocer al quejoso el beneficio que le fue incorrectamente negado, lo que pone en evidencia una ampliación del manto protector.[14]

Con independencia de estos criterios jurisprudenciales que de alguna manera tratan de ampliar los efectos temporales y del ámbito personal de eficacia de las sentencias estimatorias de amparo, lo recomendable es que se aprueben las reformas constitucionales y legales que desde el año 2001 tiene el Congreso de la Unión, específicamente el proyecto de reforma constitucional y de nueva Ley de Amparo, entre cuyos aspectos relevantes se encuentran la superación de los efectos particulares de las sentencias a través de la declaración general de inconstitucionalidad en el amparo contra leyes; la sustitución del decimonónico interés jurídico que sigue aplicándose en esta materia por la legitimación más amplia a través del interés legítimo; la extensión del ámbito protector a los derechos humanos previstos en los tratados internacionales debidamente incorporados al sistema mexicano; la delimitación del llamado *amparo para efectos* para evitar reenvíos innecesarios por violaciones formales; y avanzar hacia nuevas concepciones de autoridad para la procedencia del amparo superando el criterio formalista, donde existe una clara tendencia en el derecho comparado hacia la protección horizontal de los derechos fundamentales (*drittwirkung*).

3.2. Acción abstracta de inconstitucionalidad de normas generales (leyes y tratados internacionales) y controversias constitucionales (efectos *erga omnes*)

La temática de los efectos de las sentencias constitucionales cobra mayor dinamismo cuando se trata de las acciones abstractas de inconstitucionalidad y las controversias

[12] T. XXVI, novena época, *SJFG*, diciembre de 2007, p. 14.
[13] Tesis P. XVI/94, publicada en la *GSJF*, octava época, 77, mayo de 1994, p. 38.
[14] Tesis P 93/2009, CT. 61/2009, *SJFG,* XXX, novena época, agosto de 2009, p. 175.

constitucionales a que se refieren las fracciones I y II del artículo 105 constitucional. Esto se debe a que las sentencias dictadas en estos procesos constitucionales pueden tener efectos generales o *erga omnes* en los supuestos establecidos en la propia Constitución y ley reglamentaria, lo que provoca que, cuando se trata de *resoluciones estimatorias calificadas* (votación de cuando menos ocho de los once ministros que integran el pleno de la SC), se requiere en algunos casos matizar los efectos de los fallos, y el órgano de control constitucional tiene atribuciones flexibles para determinar la fecha y las condiciones de la aplicación de estas sentencias de acogimiento, debido a que se deben atenuar los posibles efectos negativos del vacío legislativo que se produce con la expulsión del ordenamiento jurídico del texto declarado inconstitucional. De esta manera, la SC posee amplias facultades para determinar los efectos y demás condiciones de eficacia de las sentencias estimatorias que dicte, ya que el artículo 41, fracción IV, de la Ley Reglamentaria se refiere a los contenidos que deben tener las sentencias, entre los que se encuentran:

> Los alcances y efectos de la sentencia, fijando con precisión, en su caso, los órganos obligados a cumplirla, las normas generales o actos respecto de los cuales opere y todos aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda.[15]

Esta amplia facultad otorgada a la SC para determinar en cada caso los alcances y efectos de las sentencias estimatorias, especialmente cuando se logra la votación calificada para declarar la invalidez con efectos generales, ha *llegado a extender los efectos a otras normas* cuya validez dependa de la propia norma invalidada, sean de igual o menor jerarquía que la impugnada, debido a que el vínculo de dependencia que existe entre ellas determina, por el mismo vicio que la invalida, su contraposición con el orden constitucional que debe prevalecer.[16] Incluso se ha llegado recientemente, y con base en estas amplísimas facultades, a declarar la invalidez no solo de las porciones normativas directamente afectadas de inconstitucionalidad, sino a extender la declaratoria de invalidez a *todo el sistema normativo impugnado,* al considerar que las disposiciones impugnadas conforman un sistema normativo integral en el que cada parte encuentra una unión lógica indisoluble con el conjunto, de tal suerte que al expulsarse una sola de las porciones relevantes del sistema termine por desconfigurarlo o rediseñarlo, lo que llevó a la necesidad de establecer *la reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad* de las declaradas inválidas.[17]

Ejemplo de lo anterior, se aprecia en la acción de inconstitucionalidad 47/2006 y sus acumuladas, en la que se determinó la declaración de invalidez de los artículos tercero

---

[15] Interpretando este precepto y sus facultades constitucionales al emitir las sentencias estimatorias, la Suprema Corte ha establecido la tesis jurisprudencial P. J. 84/2007, *SJFG*, tomo XXVI, diciembre de 2007, p. 777.

[16] Cf. P. J. 32/2006, *SJFG,* tomo XXIII, febrero de 2006, p. 1169.

[17] Cf. *P*/J. 85/2007 y 86/2007, *SJFG,* tomo XXVI, diciembre de 2007, pp. 849 y 778, respectivamente.

y quinto transitorios del decreto 419 que respectivamente prorrogaban el mandato de los diputados integrantes de la 62.ª legislatura del Congreso del Estado de Chiapas y de los miembros de los actuales ayuntamientos. Dicha declaratoria de invalidez provocó el efecto de que los señalados legisladores e integrantes de los ayuntamientos concluyeran el ejercicio de sus cargos tal y como estaba previsto con anterioridad a la emisión del decreto 419 reclamado, y consecuentemente que la nueva elección de diputados y ayuntamientos constitucionales y municipales se llevara a cabo conforme a la legislación vigente antes de dicha reforma, es decir, se devolvió la vigencia de las normas que previamente habían estado vigentes.[18]

En otro caso similar, la SC determinó la inconstitucionalidad de todas las disposiciones contenidas en los decretos n.os 353, 354 y 355, publicados en el *Periódico Oficial del Estado de Colima* el 31 de agosto de 2008, incluida la de los artículos transitorios que regulan la entrada en vigor de los decretos. El alto tribunal, tomando en cuenta que los señalados decretos reformaron el Código Electoral del Estado de Colima y la Ley Estatal del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, materia en la cual funge como principio rector el de certeza, determinó que el siguiente proceso electoral en el estado de Colima debería regirse por la leyes anteriores a los decretos 353 y 354 declarados inválidos; sin embargo, aclaró que dicha reviviscencia operaría solamente para el siguiente proceso electoral, toda vez que para los futuros sería necesaria la expedición de una nueva legislación, y aún más: determinó que la legislación que recuperó su vigencia no podía ser reformada durante el proceso electoral, tal como lo dispone el artículo 105, fracción II, penúltimo párrafo de la Constitución Federal.[19]

Conviene recordar el pensamiento de Kelsen respecto del tema de la reviviscencia de normas:

> Se puede, al respecto, pensar en otro medio: facultar al Tribunal Constitucional a establecer —conjuntamente con la resolución que anula la norma general— que las normas generales que regían la materia con anterioridad a la ley anulada vuelvan a entrar en vigor. Sería entonces prudente dejar al propio Tribunal el cuidado de decidir en qué caso se puede hacer uso de este poder de restablecimiento de la anterior situación jurídica. Sería lamentable que la Constitución hiciera de la reaparición de este estado una regla general imperativa en el caso de la anulación de normas generales. […] El poder así conferido al Tribunal Constitucional de poner positivamente en vigor las normas acentuaría mucho el carácter legislativo

[18] Las razones que se adujeron para generar la reviviscencia de la norma anteriormente señalada son sustancialmente las siguientes: "La reviviscencia de la legislación electoral que aún no ha sido reformada, tiene por objeto proporcionar seguridad jurídica a los partidos políticos, a los electores y a los organismos participantes en la contienda, en atención al principio de certeza que rige esta materia y que impide que en la proximidad del proceso de renovación de los órganos de representación popular, se desconozcan cuáles serán las reglas trascendentales que regirán esta forma de acceso de los ciudadanos al poder público, como son, entre otras, los plazos relativos a la preparación de los comicios". Cf. A. I. 47/2006 y sus acumuladas 49/2006, 50/2006 y 51/2006, del 7 de diciembre del 2006.

[19] Cf. A. I. 107/2008 y sus acumuladas 108/2008 y 109/2008, del 20 de noviembre del 2008.

de su función, además de que solo comprendería a las normas que hubieran sido puestas en vigor, anteriormente, por el legislador regular.[20]

Ahora bien, las amplias facultades antes señaladas de la SC también guardan relación con el principio *iura novit curia* que rige en los dos procesos constitucionales de referencia, en la medida en que al dictar sus fallos la SC debe corregir los errores que advierta en la cita de los preceptos invocados y suplir los conceptos de invalidez planteados en la demanda, pudiendo fundar su declaratoria de inconstitucionalidad en cualquier precepto constitucional sin que necesariamente haya sido invocado, excepto en las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral (artículo 71 de la ley reglamentaria).[21]

Otro aspecto de relevancia en estos dos procesos constitucionales consiste en la vinculación con carácter obligatorio de las *razones contenidas en los considerandos* que funden los resolutivos de las sentencias, cuando sean aprobados por cuando menos ocho magistrados de la SC. La *ratio decidendi* tendrá fuerza vinculante para todos los tribunales del país, sean federales o locales, en términos del artículo 43 de la ley reglamentaria, y como este precepto no distingue entre sentencias estimatorias o de acogimiento y desestimatorias o de rechazo, debe entenderse que opera para ambos tipos de resoluciones. Se refiere a las "razones" que contienen el *thema decidendum* y no a los *obiter dictum*, es decir, de un elemento aislado del discurso argumentativo, tan frecuentes en nuestro medio que llegan en ocasiones a quedar plasmadas en tesis jurisprudenciales, cuando en realidad no deberían vincular obligatoriamente debido a no ser parte de la argumentación principal.[22]

Es por ello que resulta importante, para determinar los efectos y eficacia de las sentencias constitucionales en estos procesos, distinguir entre las *sentencias de acogimiento o estimatorias no calificadas* y aquellas que tienen la caracterización de *sentencias estimatorias de acogimiento calificadas*. Las primeras son las que, aun teniendo mayoría de votos, no reúnen el requisito constitucional y legal necesario para producir efectos plenos, incluso con distintas consecuencias tratándose de acciones de inconstitucionalidad y de controversias constitucionales. Esta exigencia de la votación calificada carece de sentido práctico, si se tiene en consideración que a veces el pleno de nuestro más alto tribunal sesiona sin todos sus integrantes (el quórum necesario es de ocho), por lo que incluso en ocasiones se requerirá la unanimidad o bien bastará que uno o dos votos minoritarios sean determinantes sobre la mayoría para provocar que el fallo no produzca efectos generales. Sería deseable que en el futuro desaparezca este requisito que no tiene razón de ser cuando se trata de cuestiones tan complejas y técnicas como lo son los planteamientos de inconstitucionalidad de disposiciones generales, que puede obstaculizar su eficacia real, como se demuestra ha sucedido en otros tribunales constitucionales en el derecho comparado.[23]

---

[20] Kelsen: o. cit., p. 37.

[21] Cf. P. J. 6/2003, *SJFG*, tomo XX, septiembre del 2004, p. 437.

[22] Cf. 1a./J.2/2004, *SJFG*, tomo XIX, marzo del 2004, p. 130.

[23] Pocos tribunales constitucionales establecen como requisito una votación calificada para lograr efectos generales de las sentencias constitucionales. Uno de los casos más representativo de la ineficacia de este requisito se encuentra en Perú, donde el Tribunal de Garantías Constitucionales

Algún sector de la doctrina ha estimado que este condicionamiento de la regularidad constitucional a una minoría no es apropiado en órganos de naturaleza jurisdiccional, sin que pueda señalarse como elemento justificativo, como suele expresarse, la protección de la presunción de la constitucionalidad de las leyes, que tiene su razón de ser en otros ámbitos que no se aplican para el órgano al cual se ha confiado la interpretación definitiva de la Constitución, si existe una mayoría simple que estima la inconstitucionalidad de la norma impugnada (lo que implica en realidad que no hay interpretación conforme posible). Esta característica de la votación calificada para declarar la invalidez de las normas generales impugnadas ha sido ampliamente criticada y señalada por algún autor como "la mayor de las deficiencias de la acción federal mexicana de inconstitucionalidad".[24]

Las *sentencias estimatorias o de acogimiento no calificadas* cuando se trata de la acción abstracta de inconstitucionalidad de leyes implica que, a pesar de existir una mayoría simple (cinco, seis o siete votos)[25] que acoge la pretensión constitucional al estimar inconstitucional la norma impugnada, no produce la nulidad ni la expulsión del ordenamiento jurídico, por no reunirse el requisito de los ocho votos necesarios para lograr la declaración general de inconstitucionalidad. En este supuesto, el Tribunal Pleno, ante este obstáculo procesal insalvable, deberá *desestimar la acción y ordenará archivar el asunto*, como lo dispone el segundo párrafo del artículo 72 de la Ley Reglamentaria de la materia, y tal declaratoria debe realizarse expresamente en un punto resolutivo del fallo. En la sentencia solo se hará referencia a la falta de votación mayoritaria calificada y no formarán parte del fallo las consideraciones de la mayoría, que podrán, en su caso, incorporarse a manera de *votos de mayoría no calificada.* La propia SC ha interpretado el fenómeno de la sentencia no calificada de la siguiente manera:

> Si existiendo mayoría, pero menos de ocho votos en el sentido de que la norma es inconstitucional, solo 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. El que a ello se haya llegado por falta de la votación calificada se refleja en la ausencia de argumentos

(1979) y el Tribunal Constitucional (1993) tuvieron serios problemas de funcionamiento debido al alto porcentaje de votos requeridos. El nuevo Código Procesal Constitucional, con vigencia desde el 1.º de diciembre del 2004, mantiene la votación calificada, si bien con menos exigencias. Sobre esta legislación, véase Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danos Ordóñez, Francisco J. Eguiguren Praeli, Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez y Arsenio Ore Guardia: *Código Procesal Constitucional. Estudio introductorio, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico,* Lima: Palestra, 2.ª ed., 2005.

[24] Joaquín Brage Camazano: *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México: UNAM, 2005, p. 347; especialmente sobre el tema, véanse sus críticas sobre la presunción de constitucionalidad de la ley, pp. 347-352.

[25] Si el quórum necesario para que funcione el pleno es de por lo menos ocho magistrados de la Suprema Corte, la mayoría no calificada solo podría ser de cinco, seis o siete.

> jurídicos de la SC que respalden y fortalezcan lo establecido por la legislatura. De acuerdo con el sistema judicial, resulta también lógico que en el supuesto de declaración de desestimación de la acción de inconstitucionalidad, si bien *no existirá pronunciamiento sobre el tema relativo de la Suprema Corte*, sí podrán redactarse votos de los Ministros de la mayoría no calificada y de los de minoría que den los argumentos que respaldaron su opinión.[26]

Esta resolución no implica una declaración sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, ya que en realidad no se resuelve la litis constitucional debido a un impedimento procesal indispensable y necesario para lograr la nulidad de la disposición impugnada a fin de expulsarla del ordenamiento jurídico, por lo que el fallo en realidad produce efectos similares a un sobreseimiento en el juicio, que deja imprejuzgado el mérito del asunto derivado de un obstáculo procesal insalvable y conduce a la desestimación de la acción constitucional.[27]

En cambio, cuando la *sentencia estimatoria no calificada* resulte de un proceso de controversia constitucional, la acción no se desestimará como en el caso anterior, sino que únicamente producirá efectos entre las partes.[28] En general, el alcance de los efectos en las controversias constitucionales queda supeditado a la relación de categorías que existen entre el actor y el demandado.[29] Solo podrá tener efectos generales o *erga omnes* cuando se trate de impugnaciones de disposiciones generales (no de actos), siempre y cuando sea aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos y se trate de controversias 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* de la fracción I del artículo 105 constitucional.[30]

En cuanto a los *efectos temporales* de las sentencias, tanto en acciones abstractas de inconstitucionalidad como en las controversias constitucionales, se prevén dos reglas generales. La primera consiste en que se deja a discrecionalidad de la SC la fijación de la fecha a partir de la cual la sentencia producirá sus efectos,[31] que en muchas ocasiones se establece al día siguiente de que se publique la ejecutoria en el *Diario Oficial de la Federación.* Este diferimiento de la *eficacia en el tiempo* de los fallos permite a la SC la flexibilidad necesaria para tener en consideración las particularidades de cada caso con la finalidad de atemperar las posibles consecuencias del vacío legislativo producido

---

[26] Considerando sexto de la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 10/2000, resuelta el 29 y 30 de enero del 2002.

[27] Cf. P. J. 15/2002, *SJFG,* t. XV, febrero del 2002, p. 419.

[28] Cf. P. 14/3007, así como las tesis jurisprudenciales P. J.72/96 y P. J. 108/2001, *SJFG,* tomo XXV, mayo del 2007, p. 1533; *SJFG*, tomo IV, noviembre de 1996, p. 249, y *SJFG,* tomo XIV, septiembre del 2001, p. 1024.

[29] Cf. P. J. 9/1999, *SJFG,* tomo IX, abril de 1999, p. 281.

[30] Estos incisos establecen: "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; […] h) Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; […] k) dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales".

[31] Cf. P. /J. 11/2001, *SJFG,* tomo XIV, septiembre del 2001, p. 1098.

por la expulsión de la disposición general declarada inconstitucional. No se contempla un plazo máximo para este diferimiento como sucede en Austria, donde nunca podrá ser superior a dieciocho meses desde la publicación de la sentencia constitucional.

Por otra parte, siguiendo el criterio que rige normalmente las impugnaciones de normas generales conforme al sistema europeo, los efectos serán hacia el futuro (*ex nunc*), y solo podrá tener efectos retroactivos en los casos en materia penal que beneficien al imputado (*ex tunc*).[32] Sin embargo, la SC ha sostenido que, sin importar 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.[33]

Si bien la retroactividad antes referida se decretó de manera excepcional, debe señalarse que en los ordenamientos y jurisprudencia latinoamericanos se acepta una *retroactividad atemperada.* La concepción original austriaca de los efectos hacia el futuro sufre en la actualidad importantes excepciones, de tal suerte que es frecuente que los tribunales constitucionales europeos —por ejemplo, Austria, Alemania, Italia o España— admitan ciertos efectos retroactivos (*ex tunc*) en sus resoluciones de inconstitucionalidad. Esto ha provocado que las sentencias típicas de naturaleza constitutiva (que implican la invalidez de la norma), propia de las sentencias de inconstitucionalidad de disposiciones generales, sea sustituida en algunos supuestos por sentencias declarativas (nulidad), lo que implica otorgar efectos hacia el pasado. Esto también sucede en el sistema americano, donde los fallos excepcionalmente pueden tener efectos hacia el futuro, como ocurre con las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos desde la segunda mitad del siglo pasado en determinados casos.

3.3. Omisiones legislativas

Otro tema sobre el que vale la pena hacer algunas consideraciones es el de las omisiones legislativas. A nivel federal no existe una acción específica para impugnar las omisiones del legislador, por lo que las impugnaciones se han canalizado a través de los tres mecanismos de control constitucional existentes. El criterio jurisprudencial vigente es que no resultan procedentes para impugnar este tipo de inconstitucionalidad las vías del juicio de amparo[34] ni la acción abstracta de inconstitucionalidad.[35] En cambio, a través de la controversia constitucional se ha aceptado jurisprudencialmente la impugnación de las omisiones legislativas.[36] Partiendo de la premisa de que los

[32] Cf. P. J. 74/97, *SJFG,* tomo VI, septiembre de 1997, p. 548.
[33] Cf. P. J. 71/2006, p. 1377, *SJFG*, t. XXIII, mayo del 2006, p. 1377.
[34] Cf. P. CLXVIII/97*SJFG*, t. VI, diciembre de 1997, p. 180.
[35] Cf. P. J. 16/2002 y P. J. 23/2005, *SJFG,* t. XV, marzo del 2002, p. 995; y *SJFG,* t. XXI, mayo del 2005, p. 781.
[36] Cf. P.J/. 82/99, *SJFG,* t. X, agosto de 1999, p. 568.

órganos legislativos cuentan con facultades o competencias de ejercicio potestativo y de ejercicio obligatorio atendiendo al principio de división funcional de poderes,[37] se han distinguido cuatro tipos distintos de omisiones legislativas:

> a) *absolutas en competencias de ejercicio obligatorio*, cuando el órgano legislativo tiene la obligación o el mandato de expedir una determinada ley y no lo ha hecho; b) *relativas en competencias de ejercicio obligatorio*, cuando el órgano legislativo emite una ley teniendo una obligación o un mandato para hacerlo, pero lo realiza de manera incompleta o deficiente; c) *absolutas en competencias de ejercicio potestativo*, en las que el órgano legislativo decide no actuar debido a que no hay ningún mandato u obligación que así se lo imponga, y d) *relativas en competencias de legislar*, pero al emitir la ley lo hace de manera incompleta o deficiente.[38]

Esta concepción descansa en la tendencia del derecho comparado a aceptar las impugnaciones de inconstitucionalidad de las omisiones legislativas, sean de carácter relativas o absolutas.[39] Sin embargo, este criterio cambió a partir de las controversias constitucionales resueltas el 15 de octubre de 2007,[40] relativas a la impugnación de *la omisión del legislador federal de emitir las normas que establezcan condiciones jurídicas para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación*. Por mayoría de cinco votos contra cuatro se determinó la improcedencia de la controversia constitucional para impugnar las omisiones legislativas.

Sin perjuicio de lo anterior, recientemente el Pleno de la SC declaró fundada la controversia constitucional en contra de la omisión legislativa del Congreso del estado de Jalisco consistente en la falta de regulación del retiro voluntario de los magistrados del Supremo Tribunal de Justicia del propio estado; como consecuencia, se dispuso que el legislativo del estado de Jalisco deberá legislar en el siguiente periodo ordinario de sesiones para corregir la deficiencia advertida;[41] así también se pronunció en una diversa controversia sobre un tema estrechamente relacionado con este, cuya procedencia declaró, como veremos a continuación.

Lo comentado muestra que la SC ha tenido que conocer de diversos procesos en los que se impugnan omisiones legislativas, sin que haya seguido una línea jurisprudencial uniforme al respecto. Cabe señalar además que, al analizar estos asuntos, algunos de sus integrantes han puesto en duda, precisamente, si el alto tribunal tiene facultades suficientes para resolverlos, para exhortar al legislador a que actúe, e incluso para emitir lineamientos a los cuerpos legislativos. Estas vacilaciones ponen de manifiesto que aún existen materias y áreas específicas en las que la SC no ha ejercido plenamente su

---

[37] Cf. P. J. 10/2006, *SJFG,* t. XXIII, febrero del 2005, p. 1528.

[38] P. J. 11/2005, *SJFG,* t. XXIII, febrero del 2006, p. 1527.

[39] Cf. P. J. 12/2006, 13/2006 y 14/2006, *SJFG,* t. XXIII, febrero del 2006, pp. 1532, 1365 y 1250, respectivamente.

[40] Controversia Constitucional 59/2006 y otras 44 controversias con idéntica temática.

[41] Cf. Sentencia del 10 de mayo del 2010, dictada en la controversia constitucional 49/2008.

rol de tribunal constitucional, y en las que ha sido demasiado cautelosa, precisamente en no convertirse en un legislador positivo. Sin perjuicio de ello, existen voces dentro de la Corte que opinan de forma distinta.

En efecto, el 22 de abril de 2010 la SC resolvió la controversia constitucional 25/2008, en la cual se hizo valer la falta de regulación del haber de retiro previsto en el artículo 61 de la Constitución Política de Jalisco a favor de los magistrados y jueces que se retiren forzosa o voluntariamente. Con una mayoría de seis votos se declaró fundada y se otorgó un plazo al Congreso local para emitir las normas correspondientes; la minoría consideró que debieron protegerse los derechos de los jueces y magistrados que se retiraran durante el tiempo en que persista la omisión legislativa, y para ello se fundamentaron precisamente en la posibilidad de que la SC, actuando como tribunal constitucional, adoptara una solución más protectora. En tal sentido sostuvieron:

> Desde esta perspectiva, nos parece que dentro de los efectos que le es dable fijar en sus fallos a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando advierte que una omisión legislativa produce inconstitucionalidad, se encuentra la posibilidad de hacer aplicable, en el ámbito de una determinada entidad federativa, una legislación diversa —existente o derogada, federal o de algún otro estado—, de manera temporal, hasta tanto la legislatura local subsane la omisión respectiva, cuando ello sea necesario para restablecer el orden constitucional transgredido y evitar que se consumen los efectos de la violación.
>
> Todo tribunal constitucional tiene una función creadora del derecho que actúa en el nivel constitucional, por encima de los órdenes federal y estatal, de modo que, desde el artículo 41 de la ley reglamentaria, le es dable a esta Suprema Corte reconstruir partes del orden jurídico a partir de decisiones judiciales.
>
> Esto puede hacerse mediante el establecimiento de lineamientos que deberán observarse por los operadores jurídicos en ausencia de la legislación que subsane la omisión inconstitucional o, cuando ello resulte más conveniente, mediante la remisión a otros ordenamientos legales, inclusive derogados o pertenecientes a otros órdenes parciales, sin que ello implique sustituirse en la función legislativa, pues se trata de una medida transitoria que, con el fin de dar plena eficacia a una sentencia estimatoria, colma una laguna mediante la aplicación de una alternativa válida, sujeta a que el legislador actúe en pleno uso de su potestad, con el único límite del texto constitucional.
>
> Lo anterior no supone una invasión a la esfera del legislador local porque el tribunal constitucional no opera en el orden federal sino en el orden constitucional, total o nacional, lo que lo faculta para actuar, en términos del propio artículo 41 de la ley reglamentaria, "en el ámbito que corresponda", para asegurar la eficacia plena de sus fallos.[42]

[42] Voto concurrente que formulan los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Olga María Sánchez Cordero de García Villegas, José Ramón Cossío Díaz y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia en la sentencia dictada por el Tribunal Pleno en la controversia constitucional 25/2008, promovida por el Poder Judicial del estado de Jalisco.

Lo anterior pone de manifiesto que al menos cuatro ministros tienen la convicción de que la SC debe desempeñarse mucho más allá de un simple legislador negativo, adoptando medidas tales como las que se proponen. Pese a que aún es un pronunciamiento minoritario, es indicativo del nivel de reflexión que se presenta en el más alto tribunal mexicano.

4. Conclusiones

1. La SC, como órgano límite del Poder Judicial Federal, se sustenta en sólidos antecedentes históricos, pero comienza a tener competencias de control constitucional a partir del *5 de febrero de 1857,* especialmente con el juicio de amparo, lo cual empieza a perfilar su nueva faceta.
2. La SC ha dejado de ser solamente un *tribunal de casación* para ser materialmente un *tribunal constitucional.* Esta ha sido la tendencia que se aprecia a través de diversas reformas constitucionales, en las que expresamente se ha dejado ver dicha intención del constituyente, en especial a partir de las trascendentales reformas constitucionales de 1994.
3. El carácter de *tribunal constitucional* de la SC se aprecia tanto en su estructura orgánica como en el hecho de que tiene competencias sobre el juicio de amparo, y concentra dos garantías constitucionales como son la *acción abstracta de inconstitucionalidad* (de normas generales) y las *controversias constitucionales,* en las cuales puede declarar la invalidez de las normas con efectos *erga omnes* hacia el futuro.
4. El correcto ejercicio de las citadas competencias ha posicionado a la SC como el órgano garante de la regularidad constitucional en México, el cual, dada la naturaleza cada vez más compleja y demandante de los conflictos que se someten a su jurisdicción, ha tenido que hacer uso de las técnicas y herramientas utilizadas en el derecho comparado por otros tribunales constitucionales, tales como la *interpretación conforme,* la *ponderación* y las nuevas tendencias de *argumentación constitucional,* y, por supuesto, las modalidades y los efectos de sus resoluciones son cada vez más complejos.
5. La sentencia constitucional que se dicta en el juicio de amparo tradicionalmente ha tenido efectos restrictivos al demandante. No obstante, la práctica jurisdiccional muestra una fuerza expansiva derivada de la jurisprudencia que declara la inconstitucionalidad de una ley. Ello se ha efectuado, principalmente, por la sustentación de los siguientes criterios:

    a. Obligación de su aplicación no solo por todos los órganos jurisdiccionales pertenecientes al Poder Judicial de la Federación, sino también por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, que, si bien constituye un órgano formalmente administrativo, materialmente ejerce funciones jurisdiccionales.
    b. Obligación de las autoridades administrativas de acatar las sentencias del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa que declaren la nulidad

de la resolución o acto impugnado con base en la jurisprudencia que determine la inconstitucionalidad de la ley que los funde.

c. Suplencia de la deficiencia de la queja tratándose del segundo o ulteriores actos de aplicación de la ley declarada jurisprudencialmente inconstitucional, sin que ello implique soslayar cuestiones de improcedencia del juicio de amparo, sino tan solo impedir que tecnicismos procesales obstaculicen el imperio del orden constitucional superior.

d. La elaboración de *jurisprudencias temáticas,* que resultarán aplicables a casos análogos aun cuando varíen las circunstancias específicas de las normas o casos analizados, cuya obligatoriedad es exclusiva para los jueces y tribunales del Poder Judicial de la Federación pero no para los tribunales ajenos a él, al no poder la jurisprudencia otorgarles atribuciones de control constitucional de las que carecen.

6. Contrario a lo que sucede en amparo, las sentencias dictadas en acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales pueden tener efectos generales o *erga omnes* en los supuestos establecidos en la propia constitución y ley reglamentaria, siempre que se cuente con la mayoría calificada de ocho votos (en once) que solicita la Constitución. Adicionalmente, la SC posee amplias facultades para determinar los efectos y demás condiciones de eficacia de las sentencias estimatorias que dicte.

7. En uso de las facultades antes señaladas, la SC ha extendido los efectos de la declaración de invalidez a otras normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada, debido al vínculo de dependencia que existe entre ellas; así también ha ampliado la declaratoria de invalidez a *todo el sistema normativo impugnado* por estimar que se conforma un sistema normativo integral e indisoluble; cuando esto ha sucedido, inclusive ha llegado a decretar la *reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad* de las declaradas inválidas.

8. Otro efecto relevante de las sentencias dictadas en acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales es el carácter de jurisprudencia obligatoria que adquiere la *ratio decidendi,* es decir, las *razones contenidas en los considerandos* que funden los resolutivos de las sentencias, solamente en aquellos casos en que la resolución se dicte con la aprobación de al menos ocho votos de los once ministros de la SC. Esta obligatoriedad incluye las sentencias estimatorias y desestimatorias que cubran el requisito de mayoría calificada antes indicado.

9. Los ejemplos enunciados confirman la creciente actividad de la SC como tribunal constitucional, consciente de su función creadora del derecho.

10. Contrario a la tendencia observada en acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, e incluso en el juicio de amparo, de ampliar el espectro de aplicación, las modalidades y los efectos de sus resoluciones, en la temática sobre la *omisión legislativa* se ha conducido de forma dubitativa e inconstante. Aquí se han observado cambios de criterio y vacilaciones sobre el alcance de las facultades de la SC, sin perjuicio de lo cual se han emitido muy importantes opiniones sobre el carácter progresivo y garantista que debe tener ese alto tribunal.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, PP. 79-100, ISSN 1510-4974

Claudio Nash Rojas* y Catalina Milos Sotomayor (Chile)**

Estado social y democrático de derecho en Chile: tan cerca y tan lejos***

RESUMEN

Este estudio tiene por objeto determinar las características de un modelo de Estado constitucional ampliado de derecho y analizar su posible adopción en Chile. Para ello se abordarán las características principales de los distintos modelos de Estado de derecho que se han desarrollado en los países occidentales y la factibilidad de su reconocimiento normativo y jurisprudencial en Chile.

Palabras clave: Estado de derecho, Estado social y democrático de derecho, derechos fundamentales, derecho internacional de los derechos humanos, garantías constitucionales, Constitución política, América Latina, Chile.

ZUSAMMENFASSUNG

Diese Untersuchung beabsichtigt, die Merkmale eines Modells eines um das internationale Recht der Menschenrechte erweiterten Verfassungsstaats herauszuarbeiten und seine mögliche Umsetzung in Chile zu analysieren. Dazu werden die Hauptmerkmale der unterschiedlichen Rechtsstaatsmodelle, die sich in den westlichen Nationen herausgebildet haben, ebenso erörtert wie die Umsetzbarkeit ihrer Anerkennung im Recht und in der Rechtsprechung Chiles.

Schlagwörter: Rechtsstaat, sozialer und demokratischer Rechtsstaat, Grundrechte, internationales Recht der Menschenrechte, Verfassungsgarantien, Verfassung, Lateinamerika, Chile.

ABSTRACT

The purpose of this investigation is to determine the characteristics of a model of constitutional State that is open to the application of international human rights law and to analyse its possible adoption in Chile.

---

* Doctor en Derecho, académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. ‹cnash@derecho.uchile.cl›.

** Asistente de investigación del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. ‹cmilos@derecho.uchile.cl›

*** Una versión resumida de este estudio fue presentada por Claudio Nash Rojas en el II Congreso Estudiantil de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, agosto del 2010.

To this end, this study will look at the main characteristics of the various rule of law models developed in Western countries, as well as the feasibility of their normative and judicial recognition in Chile.

Keywords: rule of law, social and democratic State governed by the rule of law, fundamental rights, international human rights law, constitutional guarantees, political Constitution, Latin America, Chile.

Este artículo tiene por objeto determinar la factibilidad de configurar un modelo de Estado constitucional ampliado de derecho y analizar su posible adopción en Chile. Para ello, se abordarán las características principales de los distintos modelos de Estado de derecho que se han desarrollado en los países occidentales. Se planteará la importancia que tiene en la actualidad la interrelación entre el constitucionalismo interno y el sistema internacional de derechos humanos, para sostener la conveniencia de reconocer un Estado social y democrático de derecho ampliado al sistema internacional de derechos humanos. Luego de haber hecho este desarrollo conceptual sobre el contenido y el alcance de este sistema político, se abordará la factibilidad de su reconocimiento en Chile.

1. Estado de derecho: modelos, y su evolución

1.1. Los derechos humanos como un límite al poder, cuya configuración depende del tipo de poder a limitar

La necesidad de limitar el poder —quien sea que lo ejerza— frente a los individuos ha sido una preocupación constante en la historia de la humanidad y, particularmente, una de las bases sobre las cuales se sustenta el constitucionalismo que nace a partir del siglo XVIII. En este entendido, en el desarrollo del constitucionalismo se han empleado diversos conceptos para hacer referencia a los derechos que limitan y legitiman el poder de las autoridades. Muchas veces se usan como sinónimos una serie de conceptos, tales como derechos morales, derechos naturales, libertades públicas, derechos públicos subjetivos, derechos humanos y derechos fundamentales. El contenido y el alcance que se les ha otorgado a estos "derechos" han dependido del contexto histórico y filosófico en el que se desarrollan y también de la relación con el tipo de poder que se pretende limitar.[1]

En la conformación de un Estado de derecho, los derechos humanos o derechos fundamentales tienen la función de otorgar legitimidad al poder estatal; sin embargo, la forma en que ello ocurra estará determinada por el tipo de Estado al que estemos enfrentados. La manera de organizar el poder y las ideologías que fundan su existencia

[1] Claudio Nash: *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*, México: Fontamara, 2010, pp. 64-65.

son las que determinan cuáles son los derechos admisibles en un sistema organizacional determinado. De ahí que sea necesario revisar diferentes modelos que se cobijan bajo la idea de *Estado de derecho,* sus características y evolución.

1.2. El Estado de derecho, sus concepciones

El concepto Estado de derecho responde a un modelo organizativo que surge en la Ilustración y que ha ido modificando su estructura y alcance a partir de las condiciones históricas sobrevinientes. Los principales paradigmas de Estado de derecho que la doctrina ha reconocido son aquellos de carácter liberal, social o socialdemocrático.

El Estado de derecho, como forma de organización social, tiene su fundamento en la filosofía liberal.[2] El Estado de derecho liberal se basa en una concepción de los seres humanos como sujetos libres e iguales, con igual capacidad para participar en el mercado y producir, transferir y adquirir bienes.[3] Esta forma de organizar el Estado responde a una construcción lenta y gradual, hecha en virtud de las reivindicaciones de determinados sectores sociales que buscaban, frente a poderes despóticos de la época, seguridad para las personas, para sus bienes y la protección efectiva de otras libertades.[4] A diferencia del sistema monárquico, el Estado liberal se rige por los siguientes principios: el principio de legalidad de todos los actos realizados por los agentes del Estado; la publicidad de los actos tanto legislativos como administrativos y judiciales; además de la sujeción a control de todas las actividades del Estado.[5] Asimismo, el sistema liberal propugna el resguardo de cierto tipo de derechos civiles y políticos, como la libertad de pensamiento, de religión, la participación pública (limitada a ciertos grupos) y las garantías procesales.[6] Sus primeras concreciones normativas fueron la declaración de derechos de 1689 en Inglaterra, la declaración de derechos de 1776 en América del Norte y la declaración de derechos del hombre de 1789 en Francia.[7]

Si bien el Estado liberal trajo innumerables avances en materia de protección de derechos individuales y de limitación al poder monárquico, tal reconocimiento de derechos era profundamente desigual e insuficiente.[8] En este contexto, al no haber ninguna regulación de los contratos de trabajo y al primar el principio de la libre contratación en todas las áreas de la vida social, surgieron infinidad de problemas en materia

---

[2] Elías Díaz: "Estado de derecho y legitimidad democrática", en Miguel Carbonell et al.: *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina,* México: Siglo XXI, 2002, pp. 76-78.

[3] Víctor Abramovich y Christian Courtis: *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, p. 6.

[4] Elías Díaz: o. cit., p. 65.

[5] Luigi Ferrajoli: "Estado social y Estado de derecho", en Víctor Abramovich et al. (comp.): *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México: Fontamara, 2006, p. 11.

[6] Elías Díaz: o. cit., pp. 79-80.

[7] Ibídem, p. 66.

[8] Ibídem, p. 80.

laboral. Nacieron así las reivindicaciones laborales, que fueron fuertemente reprimidas[9] y se transformaron en el motor del profundo cambio social venidero.[10]

En el contexto de crisis del Estado liberal es que surge el Estado social, cuyo objetivo es poner término a las desigualdades existentes. En este modelo el Estado, en vez de ser un ente pasivo, pasa a cumplir un rol activo que tiene por objeto revertir las situaciones de inequidad a las que se ven enfrentados determinados grupos de personas. En tal sentido, se puede ver un cambio de paradigma respecto al contenido del principio de igualdad, ya que se pasa de una concepción de igualdad formal —propia de la filosofía liberal— a una visión de desigualdad material, en la cual la condición de desventaja social en que se encuentra una persona es considerada en la actividad estatal.[11] La consecuencia de este cambio de modelo es la importancia que cobra el resguardo de los derechos económicos y sociales.[12]

Los primeros atisbos de la necesidad de este tipo de sistema político podemos encontrarlos en la segunda mitad del siglo XIX.[13] A finales del siglo XIX y comienzos del XX las críticas al capitalismo se radicalizaron y dieron impulso a una serie de reformas sociales con vocación igualitaria. Estas reivindicaciones sociales generaron distintas respuestas de los estados. En algunos países, como en Inglaterra, se fomentaron algunas políticas públicas para controlar la explosión social.[14] Esto implicó que en los países anglosajones surgieran Estados liberal-laboristas (Gran Bretaña, Nueva Zelanda y Australia), que se hicieron cargo de algunas de las demandas planteadas por los trabajadores. Este proceso generaría más tarde el nacimiento de modelos socialdemócratas como aquellos de los países escandinavos (Suecia, Noruega y Dinamarca).[15] Sin embargo, en otros países como Rusia, Alemania e Italia, estas reivindicaciones generaron el surgimiento de Estados "socialistas" de corte autoritario.[16]

---

[9] Ibídem, pp. 78-79.

[10] Otra interesante forma de enfocar las razones de la crisis del sistema liberal destaca la falta de contenido material de este. Se plantea que cuando el Estado liberal toma distancia de las razones de su surgimiento —como lo fue la oposición a la monarquía—, queda en evidencia el vaciado de contenido y la formalización del concepto de ley que existía en él. Véase Ernst Wolfgang: *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid: Trotta, 2001, p. 32. Este autor señala: "La crítica se vuelve contra el vaciado de contenido y la formalización del concepto de la ley, donde la referencia material y la fuerza legitimadora del principio 'imperio de la ley' del Estado de Derecho y de sus desarrollos se habían reformulado reduciéndose a la mera función técnica de la garantía de la seguridad y la calculabilidad jurídicas. […] Este vacío de legitimidad provoca por otra parte que surjan nuevas definiciones materiales del Estado de Derecho que sin duda reflejan las ideas de justicia que están detrás de cada una de las ideologías políticas".

[11] "[…] se desplaza la centralidad de la noción de igualdad formal entre contratantes, para reemplazarla por la idea de desigualdad material, que da lugar a un trato diferenciado entre la parte más poderosa, es decir, el empleador, y la parte más débil, es decir, el trabajador." Víctor Abramovich y Christian Courtis: o. cit., p. 13.

[12] Rodolfo Arango: *Derechos, constitucionalismo y democracia,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 29-30.

[13] Luigi Ferrajoli: o. cit., p. 25.

[14] Gerardo Pisarello: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid: Trotta, 2007, p. 25.

[15] Ibídem, p. 26.

[16] Estado marxista-leninista en Rusia, nacionalsocialista en Alemania, fascista en Italia.

Estos sistemas de organización estatal autoritarios o totalitarios surgidos a comienzos del siglo XX recogieron la necesidad de un cambio de paradigma, adoptando diversas políticas públicas que apuntaban, en muchos casos, a superar las inequidades sociales. Sin embargo el carácter antidemocrático de estos regímenes dejó en evidencia, principalmente tras la segunda guerra mundial, los excesos a los que se puede arribar en un sistema organizacional de esta naturaleza. Así, las críticas a estos modelos autoritarios sostienen la necesidad de un Estado social, pero democrático de derecho. Por tanto, puede entenderse que el Estado social o Estado social y democrático de derecho surge como una solución intermedia ante un modelo liberal capitalista en crisis y la posibilidad de un modelo autoritario.[17]

El concepto de Estado social y democrático de derecho comenzó a utilizarse en la segunda posguerra. Su primera consagración constitucional se dio en la Ley Fundamental de Bonn, la primera que consideró —en sus artículos 20 y 28— el concepto de Estado social y democrático de derecho.[18] Sin embargo, también ha sido consagrado recientemente por las Constituciones de Colombia (artículo 1.º), Ecuador (artículo 1.º), Paraguay (artículo 1.º), España (artículo 9.2), Turquía (artículo 2) y Venezuela (artículo 2).[19]

En la actualidad, el concepto de Estado social y democrático de derecho contempla el resguardo de los derechos civiles del individuo —incluidos los derechos de participación política—, como también la consagración de mecanismos de distribución de la riqueza a través del salario, el ejercicio de derechos colectivos y de un conjunto de prestaciones sociales orientadas al bienestar del individuo. Cabe destacar también que en esta forma de organización social se considera indispensable la participación ciudadana,[20] como una forma de ejercer control sobre los órganos de poder. En este sistema el Estado no solo está sujeto a la ley, sino que también tiene la obligación de promover los derechos fundamentales.[21]

1.3. Hacia un nuevo paradigma o una redefinición de un modelo conocido: el Estado constitucional ampliado

Fruto del proceso de convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), se ha ido delineando un modelo institucional basado en el respeto de los derechos humanos reconocidos internacionalmente y en su protección supranacional que valida la actuación interna de los estados ante la comunidad internacional.

---

[17] Luigi Ferrajoli: o. cit., pp. 26-27. Cabe destacar que gran parte de la doctrina no distingue entre el modelo de Estado social y aquel social y democrático de derecho. Entre ellos Ferrajoli, quien distingue el Estado liberal o legal de aquel constitucional.

[18] Diego Valdés: "La no aplicación de las normas y el Estado de derecho", en Miguel Carbonell et al.: *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México: Siglo XXI, 2002, p. 142.

[19] Ibídem, pp. 141-142.

[20] Ibídem, p. 142.

[21] Rodolfo Arango: o. cit., p. 69.

Se puede reconocer la influencia del sistema internacional de derechos humanos en la gestación de algunas de las nuevas constituciones latinoamericanas (Brasil, Colombia, Perú, Venezuela, Ecuador, Bolivia), en la reforma de otras (Chile, Argentina) o la creación de nuevas instancias jurisdiccionales (Costa Rica).[22] Se pueden distinguir dos ámbitos en los cuales la influencia del derecho internacional de los derechos humanos ha sido relevante: en la recepción formal del derecho internacional mediante la incorporación de instrumentos internacionales y en la recepción de estándares internacionales aportados por la jurisprudencia o vía principios internacionales.[23]

La constatación de este fenómeno permite inferir que el modelo tradicional de Estado liberal o Estado social y democrático de derecho no es suficiente para describir el momento actual del constitucionalismo, sino que más bien tendríamos que reconocer una "concepción democrática constitucional ampliada" que incorpora elementos tanto del derecho constitucional nacional como del derecho internacional de los derechos humanos.[24]

Esta visión ampliada del constitucionalismo, planteada por Ferrajoli, reconoce la existencia de un cambio en el constitucionalismo democrático, que provendría de la incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en los sistemas internos estatales, lo que lleva a reconocer un constitucionalismo de carácter *supranacional.* Plantea Ferrajoli:

> Se trataría, evidentemente, en el caso del constitucionalismo europeo, y todavía más, del constitucionalismo internacional, de un tercer cambio de paradigma: después del derecho jurisprudencial, el estado legislativo de derecho y el estado constitucional de derecho, un cuarto modelo, *el orden constitucional de derecho ampliado al plano supranacional*, que ya no tiene nada del viejo estado y, sin embargo, conserva de él las formas y las garantías constitucionales.[25]

Para el autor, se trataría de un nuevo orden internacional que cuenta con el paradigma constitucional como dimensión necesaria de derecho y como sistema idóneo para la limitación del poder.[26]

La tesis de Ferrajoli resulta iluminadora, ya que reconoce un fenómeno actual —y muy propio de las democracias latinoamericanas—, como es la interrelación entre el derecho constitucional interno de los países y los aportes del sistema internacional de derechos humanos. Sin embargo, no parece atendible la idea de estar frente a un nuevo

---

[22] Claudio Nash: "Los derechos fundamentales: debates actuales y desafíos futuros", en *Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile*, vol. 67, 2005, p. 81.

[23] Ibídem, p. 82.

[24] Ibídem.

[25] Luigi Ferrajoli: "Pasado y futuro del Estado de derecho", en *Revista internacional de filosofía política,* n.º 17, 2001, p. 40. ‹http://dialnet.unirioja.es/servlet/artículo?codigo=173408› (15.9.2010).

[26] Luigi Ferrajoli: "Pasado y futuro…", o. cit., pp. 40-42. A este respecto el autor señala: "Se puede solo formular una hipótesis en la perspectiva de un constitucionalismo y de una esfera pública ya no exclusivamente estatales sino supraestatales, un espacio de la constitución supraordenado a cualquier otra fuente y la refundación sobre él del paradigma constitucional como dimensión necesaria del derecho en cualquier nivel y como límite intrínseco de todo poder legítimo" (p. 40).

paradigma de Estado de derecho. Más bien podríamos hablar de una nueva perspectiva a partir de la cual enfocar el papel del Estado social y democrático de derecho, en la que se refuerce la obligación de garantía de los derechos humanos, basándonos en un sistema supranacional que tiene por objeto darles efectividad. Este nuevo modelo parece ser una respuesta ante las limitaciones de los sistemas nacionales para responder de manera efectiva a los desafíos de la realidad actual. Una *concepción democrática de derecho ampliada* permite no solo dar mayor efectividad al goce y ejercicio de los derechos fundamentales, sino que, además, pone a disposición de los estados una serie de estándares internacionales que permiten determinar el contenido y el alcance que pueden llegar a tener los derechos humanos en sus distintos contextos de aplicación.

Cabe destacar, sin embargo, que la proposición de Ferrajoli de estar ante un nuevo paradigma puede ser atendible en el contexto de los países europeos, donde los Estados han sido mucho más reacios a integrar los estándares dados por el sistema europeo e internacional de derechos humanos. Por ello puede entenderse que en Europa su implementación pueda significar un cambio de paradigma o por lo menos una perspectiva innovadora a partir de la cual enfocar el constitucionalismo europeo actual.

1.4. Características del Estado constitucional ampliado

A partir de lo señalado, se hace necesario identificar las particularidades de un Estado constitucional ampliado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que todo sistema democrático debe resolver una tríada inseparable: Estado de derecho, derechos humanos y medios de garantía.[27] Haremos referencia a sus características basándonos en estas consideraciones de la Corte y también en lo establecido por la doctrina sobre las particularidades de un Estado social y democrático de derecho.

1.4.1. Fuerza renovada de la Constitución: desde una visión programática a una normativa

En primer lugar, destacamos entre las características de un Estado constitucional ampliado la fuerza renovada de la Constitución (normativa, no programática) y la redefinición de los poderes en función de los fines del Estado; muchas veces auxiliado y complementado por el DIDH. En virtud de la fuerza normativa de la Constitución, se entiende que las normas que la componen son vinculantes y tienen un contenido que las hace exigibles. En este sentido Landa señala:

> Así, la fuerza normativa de la Constitución fundada en el principio de la supremacía constitucional […] no es solo un cambio de posición jerárquica de las

[27] "El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de sus componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros" (Corte IDH: *Caso Yatama contra. Nicaragua,* sentencia del 23 de junio del 2005, serie C, n.º 127, § 191).

normas, sino que lleva a replantear la manera de entender el Derecho, la jurisprudencia, la propia jurisdicción y el rol de la judicatura.[28]

1.4.2. Sistema robusto de derechos fundamentales

En segundo término, distinguimos dentro de sus características la promoción de un sistema robusto de derechos fundamentales basado en los sistemas constitucional e internacional; donde la normativa, la hermenéutica y la praxis judicial interactúan tanto en sede constitucional como internacional. En la configuración de esta concepción robusta de derechos humanos, el sistema internacional de derechos humanos tiene un rol fundamental, no solo porque complementa los contenidos de los catálogos con otros derechos, sino porque también aporta estándares para su correcta interpretación.[29]

Así, podemos entender que "[s]e trata, en suma, de promover un modelo que favorezca la circulación y mutuo reforzamiento de un sistema multilateral de protección de los derechos sociales".[30] Debe ser un sistema de organización en el que se propenda hacia una red normativa que asegure tanto las garantías institucionales, sociales como ciudadanas,[31] y se controle su efectiva garantía mediante el fomento de la opinión pública y de la participación de los interesados.[32]

1.4.3. Mecanismos de control contramayoritarios con base constitucional

También destacamos en un Estado constitucional ampliado la necesidad de protección jurisdiccional de los derechos. Esta garantía está guiada por una idea básica: los mecanismos de control y protección con base constitucional e internacional deben buscar la efectividad de los derechos. En este sentido, resulta interesante lo planteado por la Corte Constitucional de Colombia sobre el rol del juez en un Estado social y democrático:

> […] se requiere, entonces, una acción conjunta dentro de la jurisdicción que imprima un sentido de unidad no solo en la interpretación sino en la aplicación del conjunto normativo existente, a la luz de los principios y valores que

---

[28] César Landa: "La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales", ponencia presentada en la II Reunión de Trabajo del Grupo de Estudios en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional, Montevideo, julio del 2010 (texto en prensa).

[29] Claudio Nash: *La concepción…*, o. cit., 2010.

[30] Gerardo Pisarello: "El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia", en Víctor Abramovich et al. (comp.): *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México: Fontamara, 2006, p. 34.

[31] Ibídem, p.34.

[32] Luigi Ferrajoli: "Estado social y Estado de derecho…", o. cit., p. 21. El autor destaca la necesidad de: "[…] garantías jurídicas de tutela no solo de los derechos y las libertades individuales tradicionales sino que también de los derechos sociales, desconocidas para el viejo ordenamiento liberal y que se trata de estabilizar, de generalizar y de tornar exigibles y judiciables procesalmente", p. 21.

> emanan de la Constitución, cuya finalidad, en sí misma, ha de ser la prevalencia y eficacia de los derechos y garantías de los asociados.[33]

Se ha considerado que un Estado social y democrático de derecho no puede obviar las situaciones de discriminación y desventaja material de las personas, y de acuerdo a ello se hace necesario un control judicial constitucional que repare las posibles violaciones de derechos sociales.[34] Se entiende que los jueces actúan con el límite del contenido dado por la consagración constitucional e internacional de estos derechos y teniendo por objetivo no más que maximizar la vigencia de los derechos.[35] En este sentido, también se ha planteado que, para que la decisión tomada en la justicia constitucional tenga legitimidad, es necesario que se funde en un procedimiento objetivo y razonable.[36]

La justificación de que este control sea realizado por los jueces constitucionales se sustenta en la necesidad de que en un Estado social y democrático no sea encomendado exclusivamente a órganos legislativos, por ser estos especialmente sensibles a aquellas demandas que les reporten beneficios electorales.[37] En este contexto, la justicia constitucional podría ser un instrumento idóneo —no necesariamente el único— para "impulsar un cierto control entre poderes en materia de derechos civiles, políticos y sociales y para hacer visibles y audibles los intereses de aquella minorías (y a veces mayorías) marginadas de los canales representativos tradicionales".[38] En ese entendido, el control judicial de políticas económicas y sociales podría verse no como una restricción al principio democrático, sino como un elemento indispensable para su mantenimiento[39] y como una vía para la concreción de los principios rectores de un Estado constitucional ampliado de derecho. También, cabe complementar lo anterior con la factibilidad de que operen los sistemas de control internacionales de derechos humanos, ante la inactividad de los mecanismos de control internos.

---

[33] Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU 846-00.

[34] Rodolfo Arango: o. cit., pp. 124-125.

[35] Gerardo Pisarello: "El Estado social…", o. cit., p. 42. El autor señala: "El contenido mínimo e indisponible de los derechos sociales constitucionales, de hecho, comporta vínculos y límites para todos los poderes públicos. No solo para el legislador o la administración sino también para los propios jueces que tienen el deber, y no la simple facultad, de promover la reparación de las vulneraciones de derechos sociales que puedan tener lugar, bien por acción, bien por omisión. No se trata, en consecuencia, de legitimar cualquier actuación de los jueces en materia de derechos, sino solo aquellas dirigidas a maximizar su vigencia, o dicho de otro modo, a denunciar y participar en la reparación de las violaciones resultantes del fracaso o la insuficiencia de las garantías primarias", p. 42.

[36] Rodolfo Arango: o. cit., p.123. En el mismo sentido, véase Claudio Nash: *La concepción*…, o. cit., pp. 251-257.

[37] Gerardo Pisarello: *Los derechos sociales…*, o. cit, p. 93. Señala el autor al respecto: "[…] en las democracias representativas realmente existentes la tutela de los derechos fundamentales y de los principios ligados al Estado social y democrático de derecho no puede encomendarse de manera exclusiva a órganos legislativos escasamente sensibles a aquellas demandas que no se traducen en beneficios electorales inmediatos o que escapan a la agenda de prioridades políticas establecida por una degradada lógica de partido".

[38] Ibídem, p. 93.

[39] Ibídem.

1.4.4. Importancia de la participación ciudadana

Por último, se ha destacado como elemento clave el rol de la sociedad civil. La construcción de un Estado social y democrático ampliado reconoce en la sociedad civil un sujeto relevante para plantear nuevos derechos y reconfigurar los clásicos. También para activar los mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales, y para supervisar a la autoridad y a los propios órganos de control y protección; en definitiva, para hacer efectivos los derechos.[40] En este sentido, se plantean áreas en las cuales la participación ciudadana es importante: el acceso a la justicia individual y también de manera colectiva,[41] la elección y crítica a los órganos legislativos,[42] el desarrollo del proceso constituyente y legislativo,[43] también el control ciudadano del gasto público como forma de controlar la efectividad de las políticas sociales,[44] y el acceso a la información pública,[45] entre otras.

1.5. Particularidades del Estado constitucional ampliado en Latinoamérica

Como señalamos, muchos de los estados que han consagrado constitucionalmente un Estado social y democrático de derecho son países latinoamericanos.[46] También otros países han emprendido reformas constitucionales o han adoptado una práctica jurisprudencial que apunta hacia la consagración de un sistema democrático de estas características.[47]

Dado el contexto en el cual se encuentran los países de Latinoamérica, donde existen profundas desigualdades sociales, violencia y diferencias étnicas, la idea de un Estado constitucional ampliado cobra fuerza, ya que se percibe como la estructura estatal idónea para superar los problemas que aquejan a la región. Refiriéndose a la Constitución de Colombia de 1991, Arango destaca la transformación cultural que el texto ha importado en la sociedad colombiana: asumir características de un Estado laico, el reconocimiento de la diversidad étnica y grupal, y el reconocimiento de una filosofía liberal igualitaria y no asistencialista.[48]

Las sociedades latinoamericanas se caracterizan por estar compuestas por diversidad de grupos sociales con profundas diferencias culturales, lo que ha hecho difícil compatibilizar modelos institucionales foráneos con la situación particular de los

---

[40] Ibídem, pp. 112-113.
[41] Ibídem, p. 123.
[42] Ibídem, p. 124.
[43] Ibídem.
[44] Gerardo Pisarello: *Los derechos sociales…,* o. cit., p. 124. También Víctor Abramovich y Christian Courtis: o. cit., p. 88.
[45] Gerardo Pisarello: *Los derechos sociales…,* o. cit., p. 124. También Víctor Abramovich y Christian Courtis: o. cit., p. 86.
[46] Diego Valdés: o. cit., p. 141.
[47] Destaca el caso de Argentina. Véase Víctor Abramovich y Christian Courtis: o. cit.
[48] Rodolfo Arango: o. cit., pp. 142-148.

países de la región.[49] En este sentido, se hace necesario reconocer esta situación de diversidad para poder sostener una democracia sólida y, además, para superar las discriminaciones que surgen de esta heterogeneidad social.[50] Frente a esta realidad, el resguardo de los derechos sociales que propugna un Estado constitucional ampliado se hace indispensable para superar prácticas excluyentes hacia estos grupos.[51] Tomando como ejemplo el caso de Colombia, queda de manifiesto que entre los propósitos de consagrar un Estado social y democrático está justamente avanzar en esta materia. Así se ha señalado:

> Los Constituyentes creyeron encontrar en la idea del Estado social y democrático de derecho, de amplia aceptación en el derecho constitucional contemporáneo, una fórmula política que, enriquecida con los aportes del multiculturalismo y del reconocimiento de la diversidad, permitiría poner en marcha ese proyecto histórico de desarrollar una sociedad menos arbitraria y más pluralista.[52]

Asimismo, podemos reconocer en Latinoamérica la existencia de sociedades fuertemente excluyentes, en las cuales las inequidades económicas y sociales son abismales. En este contexto, se ha asentado la discriminación hacia ciertos grupos en condición de vulnerabilidad, dadas sus características particulares, bajo el alero de un sistema cultural que la legitima.[53]

La consagración de un Estado constitucional ampliado de derecho en Latinoamérica no solo cumple un papel relevante para robustecer el sistema democrático en la región, sino que también tiene por objeto hacer frente a una serie de desigualdades sociales y discriminaciones sectoriales que dificultan el goce efectivo de derechos humanos en condiciones de igualdad.[54] En este desafío, es de suma relevancia el papel del sistema internacional de derechos humanos, ya que hasta ahora su contribución ha sido determinante para la visibilización de estos grupos discriminados y, también, para encontrar posibles soluciones a su situación.

---

[49] Ernesto Garzón: "Estado de derecho y democracia en América Latina", en Miguel Carbonell et al.: *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México: Siglo XXI, 2002, p. 207.

[50] Guillermo O'Donnell: "Acerca del Estado, la democratización y algunos problemas conceptuales", en Miguel Carbonell et al.: *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México: Siglo XXI, 2002.

[51] Gerardo Pisarello: *Los derechos sociales…*, o. cit., pp. 49-52.

[52] Rodrigo Uprimny: "Constitución de 1991. Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas", en *El debate de la Constitución*, Bogotá: ILSA-UNC, 2001, p. 55.

[53] En este sentido se destacan como grupos discriminados los indígenas, pero también las mujeres, los discapacitados, los niños, los privados de libertad, entre otros. En Latinoamérica se ha resaltado la discriminación que sufren las mujeres y los indígenas.

[54] Gerardo Pisarello: "El Estado social…", o. cit., p. 34.

2. Chile frente a este desafío

Sin duda Chile comparte los desafíos que hemos descrito: la construcción de un Estado de derecho que se adecue a nuestras necesidades de diseño institucional en una sociedad plural y compleja. Sin embargo, tenemos un problema normativo para la configuración de un Estado social y democrático de derecho: la posibilidad de su consagración en el texto constitucional fue un tema debatido en la reforma constitucional de 2005 y finalmente se rechazó.

La indicación planteada proponía el reemplazo del artículo 4 de la Constitución, que establece "Chile es un república democrática", por el siguiente: "Chile es un Estado social y democrático de derecho, que se constituye sobre la base de los valores de libertad, igualdad y pluralismo".[55] Entre los argumentos que se señalaron para rechazar esta iniciativa, se estableció que adoptar esta reforma constitucional otorgaría al gobierno una marca o inclinación que no parece aceptable, aun cuando los valores que envuelve la indicación sean admisibles.[56] Otros parlamentarios señalaron que la reforma era innecesaria, ya que una interpretación armónica de los artículos 4, 5, 6 y 7 de la Constitución permite satisfacer los postulados indicados, ya que a partir de ellos se puede reconocer un Estado democrático que propugna los principios de libertad, igualdad y pluralismo.

Descartada la opción de una consagración expresa en el texto constitucional que reconozca a Chile como un Estado social y democrático de derecho, cabe analizar si a partir del texto legal actual es posible realizar una interpretación en ese sentido.

Si se hace una lectura exegética del texto constitucional, la conclusión puede ser devastadora. En cuanto a su estructura,[57] se puede afirmar que en el texto constitucional de 1980 —reformado— sigue primando una fundamentación *iusnaturalista*[58] (artículos 1, inciso 1.º; 5, inciso 2.º, y 19) [59] y una consagración de los derechos fundamentales como omisiones del Estado antes que como obligaciones de actuación. Esta conclusión

---

[55] Emilio Pfeffer: *Reformas constitucionales 2005. Antecedentes, debates, informes*, Santiago: Jurídica de Chile, 2005, p. 552.

[56] Opinión del senador Martínez; ibídem, p. 553.

[57] Un excelente estudio sobre la historia constitucional chilena en Pablo Ruiz-Tagle: "El constitucionalismo chileno: entre el autoritarismo y la democracia", en Renato Cristi y Pablo Ruiz Tagle: *La república en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*, Santiago: Lom, 2006, pp. 79-143. Para un análisis detallado en materia de derechos fundamentales véase Pablo Ruiz-Tagle: "Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile", en *Revista de Derecho Público,* vol. 63, Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2001, pp. 179-199.

[58] Quien mejor representa y explica esta visión es el profesor Alejandro Silva Bascuñán. Véase Alejandro Silva Bascuñán: *Tratado de derecho constitucional: La Constitución de 1980*, Santiago: Jurídica de Chile, 1997, pp.139-140. En el mismo sentido, Cea señala: "[…] el Poder Constituyente asume una concepción afín con el Derecho Natural, según la cual los derechos y deberes del hombre emanan de la dignidad que es intrínseca a la naturaleza de la persona". Juan Luis Cea: *Derecho constitucional chileno,* tomo II, "Derechos, deberes y garantías", Santiago: Universidad Católica de Chile, 2004, p. 56.

[59] Artículo 1, inciso 1.º: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos". Artículo 5, inciso 2.º, primera parte: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana". Artículo 19: "La Constitución asegura a todas las personas […]".

se desprende de la sola lectura del catálogo de derechos constitucionales del artículo 19. Los derechos consagrados en la Constitución de 1980 tienen un énfasis en las libertades (entendidas como protección frente al Estado y suponiendo una omisión de su parte), sin que expresen un adecuado desarrollo en materia de derechos de participación y derechos sociales, como es característico del constitucionalismo actual.[60] Los derechos consagrados no recogen plenamente los derechos de participación (por ejemplo, hay una consagración formal del derecho a sufragio, pero las estructuras de poder no reflejan una igualdad de impacto mínima).[61] Los derechos de salud, educación y trabajo, por su parte, son tratados principalmente como libertades (de elección) y no como derechos de prestación por el Estado.[62]

En efecto, los derechos de igualdad se encuentran consagrados en el derecho de igualdad ante la ley, en el artículo 19, numerales 2 y 3; en la igualdad de formulación del derecho y trato, en los numerales 17, 20 y 22 del artículo 19, y en manifestaciones de una cierta igualdad de hecho, en el numeral 18 del mismo artículo, en materia de prestaciones de seguridad social. Manifestaciones de derechos de igualdad, como mandatos de organización del aparato del Estado, pueden encontrarse en los numerales 9,[63] 10[64] y 11[65] del artículo 19, relativos a la protección de la salud y el derecho a la educación. Estos

---

[60] Sobre los distintos componentes que confluyen en los sistemas de derechos fundamentales, véase Gregorio Peces-Barba: *Curso de derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, 1999.

[61] Entendemos por *igualdad de impacto,* siguiendo a Dworkin, la "diferencia que puede establecer por sí solo votando o eligiendo a favor de una decisión en vez de a favor de otra". Ronald Dworkin: *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona: Paidós, 2003, p. 210.

[62] Para una visión especialmente aguda y crítica sobre las deficiencias del catálogo de derecho, Pablo Ruiz-Tagle: "Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la Constitución chilena del bicentenario", en Andrés Bordalí (ed.): *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Santiago: Lexis Nexis, 2006, pp. 104-126.

[63] Artículo 19, n.º 9: "El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

"Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

"Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

"Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado".

[64] Artículo 19, n.º 10: "La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.

"Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

"El Estado promoverá la educación parvularia.

"La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad.

"Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación. Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación".

[65] Artículo 19, n.º 11: "La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales".

numerales permiten ejemplificar la tesis de que los derechos fundamentales establecidos en el artículo 19 del texto constitucional son básicamente derechos de libertad. En efecto, dos de los derechos clásicamente concebidos como derechos de igualdad de facto, como la salud y la educación, se establecen en el texto constitucional chileno como mandatos de organización y actuación del Estado, y no como derechos exigibles directamente, como sí ocurre respecto de las normas vinculadas con las libertades negativas. La excepción la encontramos en el inciso tercero del numeral 10 del artículo 19, que establece claramente un derecho a la educación gratuita.

En cuanto a la garantía jurisdiccional, la Constitución establece la protección de los derechos a través de un mecanismo procesal (recurso de protección, artículo 20)[66] que, si bien es una innovación para Chile en materia de garantías, tiene limitaciones de diseño, regulación y práctica jurisdiccional.

Reconociendo el problema descrito, sí parece posible hacer una relectura de las normas constitucionales para determinar la factibilidad de construir una interpretación constitucional que le dé sentido al término *democracia* que contempla nuestro artículo 4 de la Constitución: "Chile es un república democrática".

Respecto de las obligaciones del Estado, la Constitución consagra una norma que nos parece central: el artículo 6, relativo a las "bases de la institucionalidad".[67] Este establece expresamente la obligación de todos los órganos del Estado de adecuar su comportamiento a las normas constitucionales, entre las cuales se encuentran no solo los derechos del artículo 19 (que contempla el catálogo de derechos constitucionales), sino también las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos (artículo 5). Además, a partir de lo dispuesto en el artículo 1 (incisos 1 y 4) se puede extraer la obligatoriedad de las normas internacionales, tanto de los derechos sustantivos como de las obligaciones generales (respeto y garantía). En efecto, el artículo 1 del texto constitucional[68] consagra una visión de los seres humanos como "libres e iguales

[66] Artículo 20: "El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

"Procederá, también, el recurso de protección en el caso del nº 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada" (este inciso fue agregado en la reforma 2005).

[67] Art. 6: "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley".

[68] Art. 1: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

"La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

"El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

"El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de

en dignidad y derechos", y luego establece el deber del Estado de dar "protección" a la población, "contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece" y "asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional".

Esto nos permite realizar un razonamiento integral de las normas en el siguiente sentido: el Estado debe "proteger" a las personas y crear condiciones de vida con pleno respeto a los derechos fundamentales (artículo 1); los "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" son un límite para el ejercicio de la soberanía y los órganos del Estado deben "respetar y promover" los derechos garantizados por la Constitución, tanto en su propio articulado como en los tratados internacionales ratificados por Chile (artículo 5), y dichas obligaciones comprometen a todos los órganos del Estado (artículo 6). Por tanto, la conclusión necesaria es que las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales serán no solo de abstención, sino también obligaciones positivas. Dependerá del análisis de cada derecho determinar el contenido normativo concreto de la obligación del Estado.

A partir de esta visión compleja de las obligaciones del Estado, es perfectamente posible recurrir a la concepción de derechos fundamentales propia de un Estado constitucional de derecho ampliado a la esfera internacional. Es decir, el obstáculo normativo no es insalvable.

3. Configuración jurisprudencial de una concepción robusta de los derechos en Chile

Si el obstáculo normativo no es absoluto, la construcción de un Estado constitucional ampliado de derechos podría ser factible mediante una estrategia jurisprudencial. Evidentemente este no es un camino fácil, pero creemos que hay un espacio, o comienza a abrirse uno, que puede ser utilizado inteligentemente.

Centraremos este análisis en la ejemplificación, mediante casos conocidos por nuestros tribunales con jurisdicción constitucional, de tres temas relevantes para la construcción de un Estado constitucional ampliado: el contenido prestacional de los derechos fundamentales, la recepción constitucional del DIDH y los mecanismos de garantía eficaces para que los derechos fundamentales cumplan su rol de validación de la actividad del Estado.

---

los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

"Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional".

3.1. Contenido prestacional de los derechos fundamentales

En primer lugar, cabe destacar un fallo reciente del Tribunal Constitucional chileno en el que se aprecia la apertura a una interpretación adecuada de las obligaciones prestacionales del Estado.[69] En una sentencia de inaplicablidad[70] relativa al caso *Isapres* (órganos de administradoras privadas de salud), este tribunal argumentó acerca de las obligaciones del Estado en materia de derechos prestacionales (concretamente el derecho a la salud), estableciendo el carácter normativo de la parte dogmática de la Constitución.

El Tribunal Constitucional chileno comienza el análisis con el tratamiento del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 1 de la Constitución en relación con los derechos consagrados en el artículo 19 del mismo cuerpo normativo (considerando 22). Luego, en la sentencia, vincula el principio de "dignidad" con los derechos públicos subjetivos, particularmente con los derechos a la vida, a la integridad física y a la protección de la salud (considerando 23). Posteriormente señala cuáles son las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales y, con base en los artículos 1 y 5 de la Constitución, concluye la existencia de la obligación de asegurar los derechos, protegerlos y promoverlos (considerando 24). Vinculado con lo anterior, la sentencia afirma que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 6 de la Constitución —que consagra la primacía de los principios y normas constitucionales—, se obliga a todos los agentes del Estado (considerando 25).

Concretamente, sobre el derecho a la salud establece (considerando 29):

> […] el derecho a la protección de la salud es de índole social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción de tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea.

Sobre la conexión que pueda haber entre el derecho a la protección de la salud y otros derechos, indica (considerando 32):

> […] esta magistratura no puede dejar de enfatizar que el derecho a la protección de la salud, en cuanto derecho social en los términos antes explicados, se halla sustancialmente ligado a otros atributos esenciales asegurados en nuestro Código Político, v. gr. el derecho a la vida y a la integridad tanto física como psíquica, todos los cuales deben ser tutelados y promovidos para infundir al ordenamiento la legitimidad ya aludida.

---

[69] Tribunal Constitucional chileno, sentencia 26 de junio de 2008, rol 976-2008.

[70] A partir de la reforma constitucional de 1985, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 82, el Tribunal Constitucional puede: "6º. Declarar inaplicable un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, produzca efectos contrarios a la Constitución. El Tribunal conocerá estos asuntos en sala, la cual adoptará sus acuerdos por simple mayoría, pudiendo ordenar la suspensión del procedimiento".

Concluye el Tribunal (considerando 34):

> […] siendo la Carta fundamental un sistema orgánico y coherente de valores, principios y normas, todos los cuales guardan entre sí correspondencia y armonía, excluyendo cualquiera interpretación que anule o prive de eficacia a algún precepto de ella, cabe insistir en que no solo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares, aunque sea subsidiariamente […].

Por último, en materia de fuerza normativa de la Constitución, el Tribunal Constitucional señala (considerando 35):

> […] lo expresado en el considerando precedente resulta coherente con la fuerza normativa que singulariza la Carta Fundamental, característica conforme a la cual esta se irradia al ordenamiento jurídico entero, al punto que ninguna de sus disposiciones puede quedar al margen de o en pugna con la supremacía que es propia de ella.

Además del caso analizado, resulta sumamente interesante una sentencia reciente de la Corte de Apelaciones de Santiago[71] —confirmada por la Corte Suprema—,[72] en la que se tratan las obligaciones que tiene el Estado en cuanto a proveer medicamentos a las personas. En el caso en cuestión, el Fondo Nacional de Salud Pública (Fonasa) denegó la solicitud de una persona enferma de cáncer de que se le entregara un medicamento para su tratamiento.

La Corte de Apelaciones reconoce a Fonasa como un organismo público que tiene entre sus deberes velar por el efectivo cumplimiento del derecho a la vida, la integridad personal y el derecho a la protección de la salud (considerando 11). Luego argumenta que, según los antecedentes, el medicamento solicitado garantiza una mejor calidad de vida y mejores expectativas de sobrevida, por lo cual:

> […] el deber del Estado de Chile en materia de salud y el efectivo acatamiento de las garantías constitucionales de los derechos a la vida, integridad física y protección de la salud, independiente de si las normas reglamentarias contemplan o no el medicamento indicado como uno de aquellos que pueda utilizarse en el tratamiento del cáncer, obligan a proporcionar los medios para procurar el tantas veces citado medicamento.[73]

---

[71] Corte de Apelaciones de Santiago, caso *Patricia Vásquez con FONASA,* sentencia del 24 de noviembre de 2009, rol 7766-2009.

[72] Corte Suprema de Chile, caso *Patricia Vásquez con FONASA,* sentencia del 28 de enero de 2010, rol 9317-2009.

[73] Corte de Apelaciones de Santiago, caso *Patricia Vásquez con FONASA,* sentencia del 24 de noviembre de 2009, rol 7766-2009, considerando 12.

Agrega por último que la medida realizada por Fonasa resulta arbitraria, ya que en el documento en el que se niega el medicamento a la solicitante no se considera fundamento alguno y se recomienda un tratamiento distinto al indicado por el Instituto Nacional del Cáncer (considerando 13).

Esta sentencia continúa en la misma línea de la del Tribunal Constitucional, ya que reconoce el contenido normativo de los derechos involucrados y también las obligaciones que tiene el Estado en esta materia.

3.2. Recepción constitucional y construcción de un bloque de constitucionalidad

La Corte Suprema, a partir de los casos vinculados con crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura militar, ha desarrollado una línea jurisprudencial que amplía la concepción tradicional de derechos fundamentales que había sido sostenida por la jurisprudencia constitucional chilena. Destaca, en estos casos, la visión sobre la jerarquía constitucional o supraconstitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.[74]

Dentro de esta tendencia esperanzadora, podemos ubicar una sentencia reciente del Tribunal Constitucional en la cual se analizó la compatibilidad de una reforma legal con la Convención sobre los Derechos del Niño.[75] Tanto en la presentación del recurso de inconstitucionalidad como en la argumentación del tribunal, se hace referencia al vínculo entre el artículo 5, inciso 1, de la Constitución y los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.[76] En este fallo, al menos, se consideró argumentalmente que, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 5, inciso 1, de la Constitución, los derechos contenidos en los instrumentos internacionales pasan a ser parte del bloque de constitucionalidad que es necesario tener en consideración a la hora de determinar la constitucionalidad de las leyes. Esto sin duda significa un avance respecto de la sentencia del 2002 que trató la constitucionalidad del estatuto de Roma,[77] en la cual se interpretó que los tratados de derechos humanos tenían un valor infraconstitucional, sin más.

En otro caso reciente, relativo a la inaplicabilidad de una norma del Código Civil, el Tribunal Constitucional declaró —esta vez en lo resolutivo y no solo en la

[74] Corte Suprema de Chile, caso *Sandoval*, rol 517-2004, sentencia del 17 de noviembre de 2004; Corte Suprema de Chile, caso *Vásquez y otros*, rol 559-2004, sentencia del 13 de diciembre de 2006.

[75] Tribunal Constitucional de Chile, sentencia del 13 de junio de 2007, rol 786-2007, considerandos 25-33.

[76] El tribunal señala respecto al análisis que debe efectuar: "Que, habiéndose rechazado las inconstitucionalidades de forma alegadas en el requerimiento, corresponde pronunciarse sobre el vicio de fondo invocado y que consiste en que el artículo 23 n.º 1, contenido en el numeral 3 del artículo único del proyecto de ley modificatorio de la Ley n.º 20.084, sobre responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, vulneraría el artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental en relación con los artículos 3.1, 37, 40 y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño y con el principio de no retroceso en materia de derechos humanos".

[77] Tribunal Constitucional de Chile, sentencia del 8 de abril de 2002, rol 346-2002.

argumentación— inaplicable la norma por ser contraria al artículo 5, inciso 2, de la Constitución en relación con el artículo 1, inciso 1, y al artículo 19, número 2, que reconoce la igualdad ante la ley. En esta sentencia el tribunal no solo reconoce el efecto vinculante de los tratados internacionales de derechos humanos, sino que además da rango constitucional a un derecho que no figura en la Constitución de manera expresa: el derecho a la identidad personal.[78]

Esta tendencia también ha sido desarrollada por la jurisprudencia respecto a casos relacionados con el nuevo sistema procesal penal. En una serie de sentencias recientes, de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, existe una remisión —en referencia al artículo 5 de la Constitución— a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile para determinar la existencia o el alcance de un derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico. Destaca una sentencia de la Corte Suprema que reconoce la existencia del "derecho a recurso", sin que este se encuentre expresamente contemplado en la Constitución, lo que configura jurisprudencialmente un derecho constitucional a partir de las normas internacionales en los siguientes términos:

> Si bien este derecho no se encuentra expresamente contemplado en nuestra Carta fundamental, resulta igualmente obligatorio porque los pactos mencionados fueron ratificados por Chile y se hallan actualmente vigentes, en virtud de lo prescrito en el artículo 5.º de la Constitución Política de la República.[79]

También, resulta interesante lo señalado por el Tribunal Constituciona, en otra ocasión, al considerar que las normas internacionales ratificadas por Chile son derecho vigente en el país:

> […] el derecho al recurso del imputado criminal es expresamente reconocido en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. […] Dichas reglas, que el Estado debe promover y respetar, son normas jurídicas vigentes y obligatorias. Desde el punto de vista constitucional, se constituyen en parámetro de constitucionalidad o, al menos, en contenido sustancial de un debido proceso.[80]

---

[78] Tribunal Constitucional de Chile, sentencia del 29 de noviembre de 2009, rol 1340-2009.

[79] Corte Suprema de Chile, sentencia del 29 de abril de 2008, rol 6053-2007, considerando 11. En este mismo sentido, respecto del derecho a defensa, véase Corte Suprema de Chile, sentencia del 13 de noviembre de 2007, rol 3419-2007, considerando 14. En una reciente sentencia del mismo tribunal se señala: "Que, a lo anterior, y conforme la norma de reenvío contenida en el artículo 5º de la Constitución, debe extenderse el reconocimiento con rango constitucional del derecho de defensa, también a los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes…", en Corte Suprema de Chile, sentencia del 13 de abril de 2010, rol 9758-2009, considerando 18.

[80] Tribunal Constitucional de Chile, sentencia del 30 de enero de 2008, rol 986-2007, considerando 23. En el mismo sentido: Tribunal Constitucional de Chile, sentencia del 13 de mayo de 2008, rol 933-2007, considerando 3.

En este mismo sentido, en una reciente sentencia de la Corte Suprema se utilizan los tratados internacionales vigentes en Chile para determinar el alcance que tienen las garantías judiciales respecto de adolescentes infractores de ley. En esta sentencia señala:

> También incide su condición de imputado adolescente que de acuerdo con lo previsto en el artículo 14.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos siempre ha de pretenderse la readaptación social del menor. Además, el ya citado derecho a un juicio sin dilaciones indebidas en la especie resulta aún más exigible, desde que el artículo 10.2 apartado b) del citado pacto dispone que los menores serán llevados a juicio con la mayor celeridad posible.[81]

Puede apreciarse cómo resulta cada vez más clara la tendencia jurisprudencial a considerar las normas de derecho internacional de los derechos humanos como parte del bloque de constitucionalidad que reconoce los derechos fundamentales vigentes en el ordenamiento jurídico chileno.

3.3. Mecanismos de garantía eficaces y la función de validación de la actividad del Estado

En cuanto a las prácticas judiciales relativas a una efectiva protección de derechos, es interesante una sentencia reciente dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago[82] —confirmada por la Corte Suprema—,[83] en la que, resolviendo una acción de protección de derechos constitucionales, determinó que la situación en la que se encontraban 22 personas privadas de libertad en una cárcel en la capital de Chile (Centro Penitenciario Colina II) constituía una violación de derechos constitucionales y, en razón de ello, la autoridad debía adoptar medidas efectivas para superar dicha situación.

Para la Corte de Apelaciones, las condiciones carcelarias vulneraban el derecho a la seguridad individual consagrado en el artículo 19, número 21, de la Constitución,[84] y comprometían también el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas privadas de libertad.[85]

---

[81] Corte Suprema de Chile, sentencia de 11 de noviembre de 2008, rol 6811-2008, considerando 3.

[82] Corte de Apelaciones de Santiago, *Recurso de amparo de Angélica Toledo contra Gendarmería de Chile,* sentencia del 31 de agosto de 2009, rol 2154-2009,

[83] Corte Suprema de Chile, sentencia del 7 de septiembre de 2009, rol 6243-2009.

[84] El artículo 21, n.º 1, de la Constitución señala: "Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado".

[85] El artículo 19, n.º 1, consagra el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica en los siguientes términos: "La Constitución asegura a todas las personas: 1º. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona […]".

Enseguida, la Corte se pronunció acerca de la situación de Gendarmería (unidad encargada de los recintos penitenciarios en Chile) y de los reclusos, señalando que, si bien entendía la falta de personal y de recursos económicos para materializar las garantías antes señaladas, eso no podía justificar las condiciones de los internos, en cuanto estas estaban por debajo del mínimo humanamente aceptable. Además, afirmó que no se observaba progreso de ninguna naturaleza desde la última visita.

La Corte de Apelaciones acogió el recurso y ordenó al Centro de Cumplimento Penitenciario Colina II adoptar todas las medidas necesarias para la implementación de recursos financieros, humanos y materiales que fueran precisos para otorgar a los internos —incluidos los aislados en celdas de castigo— un lugar digno, dada su calidad de persona humana. Además, le impuso el deber de informar, dentro de los 30 días siguientes a la comunicación de la sentencia, sobre los cambios efectivos que se hubieran adoptado en favor de los internos en aislamiento y castigo. Cabe resaltar que la Corte Suprema confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

4. Conclusiones

El Estado de derecho constitucional ampliado a la esfera internacional parece ser la concepción adecuada para enfrentar los desafíos de la realidad chilena y latinoamericana. Por tanto, Chile podría beneficiarse de esta perspectiva tanto para cumplir adecuadamente sus compromisos internacionales como para dar efectividad a los derechos de cada uno de sus ciudadanos, en particular de los sectores en condiciones de exclusión y discriminación.

Es necesario reconocer que en la estructura original de la Constitución hay obstáculos para realizar una interpretación que permita reconocer un Estado social y democrático de derecho en Chile. También cabe destacar que la reforma del 2005 no generó un cambio en esta materia. En definitiva, nos enfrentamos a problemas de cultura y formación jurídica.

No obstante, es necesario reconocer que los problemas normativos no son un obstáculo insalvable, ya que es posible realizar una interpretación comprensiva de las normas constitucionales que permita determinar la existencia de ciertas obligaciones para el Estado que se constituyan como los principios fundamentales de un Estado social y democrático de derecho.

Por otra parte, hoy podemos reconocer algunos atisbos esperanzadores en materia jurisprudencial que deben ser revelados y utilizados. A partir de ello puede considerarse la vía jurisprudencial como la idónea para ir concretando un Estado social y democrático de carácter ampliado en Chile.

Sin embargo, todavía existe el desafío: la construcción, en proceso, de esta concepción de Estado de derecho, en la que cada uno de ustedes tendrá una palabra que decir.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, PP. 101-115, ISSN 1510-4974

María Teresa Queirolo Finkelstein (Chile)*

El abogado de turno
Un sistema inconstitucional de trabajo forzoso**

RESUMEN

El presente artículo se refiere a la institución que presta asesoría y defensa jurídica a quienes no pueden procurársela por sí mismos, en la que los abogados son constreñidos a trabajar gratuitamente en favor de terceros, transgrediendo una serie de derechos fundamentales y ocasionando nefastas consecuencias profesionales y personales en la práctica.

Palabras clave: administración de justicia, aplicación de los tratados internacionales, trabajo forzoso, abogados defensores, Chile.

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Artikel befasst sich mit der Institution, die Rechtsberatungs- und Anwaltsleistungen für Personen bereitstellt, die dafür aus eigener Kraft nicht aufkommen können. Dabei sind die Anwälte verpflichtet, unentgeltlich zu Gunsten von Dritten zu arbeiten, was mit der Verletzung mehrerer Grundrechte verbunden ist und in der Praxis äuberst negative Folgen für das berufliche und persönliche Leben verursacht.

Schlagwörter: Ausübung der Rechtsprechung, Umsetzung der internationalen Verträge, Zwangsarbeit, Verteidiger, Chile.

ABSTRACT

This article refers to the concept of providing legal counselling and defence to those who are unable to secure it on their own and through which lawyers are forced to work *pro bono* for third parties, in violation of a number of fundamental rights and resulting in pernicious professional and personal consequences.

---

* Abogada, licenciada en Ciencias Jurídicas (Universidad Andrés Bello), especialista en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (Universidad Católica de Uruguay), candidata a máster en Derecho con énfasis en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (Universidad Católica de Uruguay). Docente de Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales (Universidad Andrés Bello). ‹maritqueirolo@gmail.com

** Versión corregida y resumida de la monografía presentada en el módulo VII de la Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Católica del Uruguay.

Keywords: administration of justice, enforcement of international treaties, forced labour, defense attorney, Chile.

1. Introducción

La institución del abogado de turno viene precedida por una vasta tradición histórica que se remonta al derecho romano, fue recogida por el derecho hispano medieval y se propagó a diversos cuerpos legales dictados durante los procesos de codificación.

La República de Chile, como miembro de la OIT, tiene el deber de garantizar el cumplimiento efectivo del convenio 29, relativo a la eliminación de trabajos forzosos. Su incumplimiento afecta, irónicamente, a los abogados, quienes hacen profesión defendiendo los derechos de otros, pero en los hechos no han sido capaces de defender sus propios derechos, pues se ven constreñidos a trabajar gratuitamente en favor de terceros bajo amenaza de suspensión del ejercicio de la profesión hasta por seis meses, lo que les genera perjuicios económicos directos e indirectos pero también ocasiona un daño a su imagen y su nombre. Así, el Estado transgrede una serie de derechos fundamentales, entre ellos la libertad de trabajo, la igualdad ante la ley, la igualdad ante las cargas públicas y la libertad para desarrollar actividades económicas, lo que provoca, además, sendas inconstitucionalidades.

2. Precisiones conceptuales

El trabajo forzoso es un delito y un atentado a los derechos humanos; por lo tanto, no existe excusa que justifique que el Estado lo permita, y mucho menos que lo imponga. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se preocupó en detalle del tema, y en su artículo 8.3, literal *a*, estipuló: "Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio".

El 31 de mayo de 1933 el Estado de Chile ratificó el convenio 29 de la OIT, que entró en vigencia, por disposiciones del propio convenio, doce meses después. Aunque la vigencia del convenio tiene más de 77 años, las obligaciones del Estado en relación con la eliminación del trabajo forzoso se derivan del solo hecho de ser miembro de esa organización internacional.

La declaración de la OIT relativa a principios y derechos fundamentales en el trabajo señala:

> a) Al incorporarse libremente a la OIT todos los miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia […]; b) que esos principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la organización.

Y agrega:

> […] todos los miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios […] entre ellos, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio.[1]

A la luz del convenio 29, el Estado chileno se obligó a suprimir lo más pronto posible el empleo del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas.[2] Para estos efectos entendemos *trabajo forzoso u obligatorio* como "todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente".[3] No es preciso que la pena sea una sanción penal; basta con la pérdida de derechos, beneficios o privilegios de cualquier índole.

Respecto del abogado de turno se configuraría trabajo forzoso toda vez que el Estado exige realizar un trabajo —defender gratuitamente las causas de pobres— para el cual no se ha ofrecido voluntariamente y sanciona la eventual negativa con pena de suspensión del ejercicio profesional por hasta seis meses.

El convenio dispone que las autoridades no deben imponer o dejar que se imponga el trabajo obligatorio en provecho de particulares, y que, en caso de que estas situaciones existan al ratificar el aludido instrumento, el Estado tiene un plazo de 12 meses para suprimir completamente esta modalidad de trabajo. Precisamente por ello es que el convenio entró en vigor un año después de su ratificación.

El artículo 10, número 1, indica que el trabajo forzoso exigido a título de impuesto, al que recurren los jefes que ejercen funciones administrativas para la realización de trabajos de utilidad pública, deberá ser suprimido progresivamente. En estos casos, mientras el trabajo forzoso se suprime, el convenio exige que las autoridades se cercioren previamente de las siguientes circunstancias: 1) que el trabajo por realizar presenta un gran interés para la comunidad; 2) que el servicio es actualmente necesario; 3) que dicho trabajo no impone una carga demasiado pesada a la población actual, habida cuenta de la mano de obra disponible y de su aptitud para la tarea; 4) que la ejecución de este trabajo no obligará a los trabajadores a alejarse del lugar de su residencia habitual y que estará dirigida de acuerdo con las exigencias de la religión, de la vida social y de la agricultura. Se agrega que solo pueden estar sujetos a trabajos obligatorios los adultos aptos del sexo masculino de entre 18 y 45 años de edad.

Otro aspecto importante que destaca el convenio 29 es que el trabajo forzoso u obligatorio debe ser remunerado en metálico y con arreglo a tasas que, para el mismo género de trabajo, no deberán ser inferiores a las vigentes en la región donde los trabajadores estén empleados, ni a las vigentes en la región donde fueron reclutados. En este sentido, el Estado chileno no podría excusarse en una supuesta escasez de recursos

---

[1] Aprobada por los miembros de la OIT en la LXXXVI Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 18 de junio de 1998.

[2] Convenio 29, artículo 1, n.º 1.

[3] Ibídem, artículo 2, n.º 1.

para obligar a los abogados a trabajar de manera obligatoria y gratuita a favor de los particulares, ni tampoco a favor del propio Estado, pues éticamente es reprochable que la estrategia de desarrollo de un país se planifique sobre la base del trabajo forzoso de parte de su población. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución. La proscripción de la esclavitud y de sistemas semejantes, entre ellos el trabajo forzoso, constituye una norma perentoria de derecho internacional que no admite derogaciones.[4]

El Estado chileno, para demostrar la importancia que dice dar a la eliminación del trabajo obligatorio, ratificó el convenio 105, que señala que todo miembro de la OIT se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso, y agrega que todo miembro de la OIT que lo haya ratificado se obliga a tomar medidas eficaces para la abolición inmediata y completa de estas modalidades de trabajo. Es tal la importancia que la OIT ha dado a la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso que incluso ha señalado que este debe ser penalizado, y de hecho así se ha procedido en la mayor parte del mundo. Para esta organización, no solo se está en presencia de vulneración de disposiciones laborales y violación de derechos humanos, sino que se trataría propiamente de la comisión de un delito.[5]

3. Antecedentes históricos y legislativos

La asistencia jurídica gratuita otorgada a los pobres encuentra sus primeros antecedentes en el derecho romano, donde habría surgido la costumbre de designar abogados de oficio particularmente para los indigentes y aquellos que carecieran de bienes por su situación crediticia, bajo la fórmula pretoriana: "Si non habent advocatum, ego dabo", en un procedimiento de sorteo.[6]

En las *Siete partidas* de Alfonso X el Sabio se establecía que los jueces podían obligar a los abogados a defender gratuitamente a viudas, huérfanos y otros menesterosos. Posteriormente, en la *Ordenanza de abogados* de 1495 de los Reyes Católicos, incluidas en la *Recopilación de leyes de Castilla* de 1567, se disponía que los abogados defendieran a los pobres de gracia y por amor a Dios.[7]

En Chile los datos indican que hubo abogados de pobres por lo menos desde 1567, año que coincide con la instalación de la primera Real Audiencia en Concepción. Las personas que querían ser amparadas por estos profesionales debían obtener previamente

---

[4] *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd.* (segunda fase) (Bélgica contra España), 1970, Informe de la Corte Internacional de Justicia 3, 32 y 304 (5 de febrero), dictamen independiente del juez Ammon, citado por el informe *Alto al trabajo forzoso.*

[5] En el mundo existen otros trabajos forzosos más graves que la institución del abogado de turno, como son: el trabajo forzoso dentro de recintos penitenciarios, la mendicidad forzosa, la explotación sexual de niños, y tantas otras modalidades que atentan contra la dignidad humana.

[6] Solange Doyharcabal Casse: "Asistencia judicial gratuita en el derecho romano", en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n. º 9, 1983, pp. 35 ss.

[7] Antonio Dougnac Rodríguez: "Notas históricas en torno a la asistencia jurídica gratuita y la práctica forense en Chile", en *Revista de Derecho Procesal,* Universidad de Chile, 1973, pp. 26-27.

privilegio de pobreza, que era declarado por el tribunal ante el cual se ventilaba la causa. Este exigía que se acreditara carencia de fortuna en términos relativos y que se jurara que si se obtuvieran recursos se pagarían los derechos de los empleados subalternos del tribunal, como receptores, porteros y otros.[8] Sin embargo, no fue hasta el 13 de julio de 1839 que se reguló expresamente la institución del abogado de turno.

La regulación más importante y que marca la situación actual de esta institución es la denominada Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Justicia, de 1875, que en su artículo 42 señaló como competencia de los jueces de letras, en los departamentos donde no tuviera su asiento una corte de apelaciones, el "designar cada mes y por turno, entre los no exentos, un abogado que defienda gratuitamente las causas civiles y otro que defienda las criminales de las personas que hubieren obtenido o debieren gozar del mencionado privilegio". En este sentido, el artículo 407 de la citada ley establecía la obligación de los abogados de "defender gratuitamente las causas de pobres que se les encomienden".

Interesante es reproducir parte del debate que se produjo en el Congreso Nacional con motivo de la discusión de la gratuidad del cargo de abogado integrante en los tribunales superiores, en los términos en que fue consagrado. Así, uno de los congresistas señaló que "el abogado que es llamado a formar parte del tribunal tiene ya bastante con el *honor* que se le hace llamándolo, y no necesita de otra remuneración".[9]

Para otros parlamentarios, en cambio, el servicio debía ser remunerado:

> […] si hay algunos abogados que no creen digno recibir un emolumento pequeño por sus trabajos, están en su derecho no recibiéndolo. Pero desde que esos individuos prestan un verdadero servicio, tienen derecho a ser remunerados.
>
> Los abogados ejercen una profesión a la cual han consagrado toda su vida y viven únicamente de ella, por lo que no sería equitativo ni justo exigirles que prestaran sus servicios profesionales gratuitamente […]. Las contribuciones y demás impuestos de que vive el Estado se pagan para poder exigir de este que haga todo lo que debe hacerse en una sociedad bien organizada y constituida. Siendo esto así, ¿quién se halla en el deber de remunerar a los abogados? El Estado indudablemente […] a nadie puede exigirse por gracia, la prestación de un servicio; tanto más cuanto que no tienen siquiera la recompensa del ascenso que tienen los demás empleados de la administración de justicia.[10]

Con fecha 9 de julio de 1943 se promulgó la ley n.º 7421, que fija el texto refundido del Código Orgánico de Tribunales, cuyo título XVII regula el sistema de asistencia judicial y el privilegio de pobreza, incluyendo la institución del abogado de turno gratuito, cuya reglamentación es idéntica al texto de 1875. Durante la última mitad del siglo pasado se introdujeron diversas modificaciones al turno gratuito, todas ellas referentes a aspectos formales, como el decreto ley n.º 3.637 de 1981, el cual agregó el apremio de

[8] Ibídem.
[9] Señor Covarrubias, sesión extraordinaria del Senado, 10 de septiembre de 1875.
[10] Señor Concha, sesión extraordinaria del Senado, 10 de septiembre de 1875.

suspensión del ejercicio de la profesión hasta por seis meses para el abogado que rehúse cumplir con la obligación cuando ha sido designado para un turno, pero ninguna introdujo modificaciones al fondo del asunto.

4. Fundamentos jurídicos

A continuación analizaremos las disposiciones legales en las que se fundamenta la institución del turno. Señala el artículo 591:

> El privilegio de pobreza, salvo los casos en que se conceda por el solo ministerio de la Ley, será declarado por sentencia judicial […] Los que lo obtuvieren […] tendrán derecho para ser gratuitamente servidos por los funcionarios del orden judicial, y por los abogados, procuradores y oficiales subalternos designados para prestar servicios a los litigantes pobres.

El artículo 595, inciso primero, dispone:

> Corresponde a los jueces de letras designar cada mes y por turno, entre los no exentos, un abogado que defienda gratuitamente las causas civiles y otro que defienda las causas del trabajo de las personas que hubieren gozado o debieran gozar del mencionado privilegio. Con todo, cuando las necesidades lo requieran, y el número de abogados en ejercicio lo permita, la Corte de Apelaciones respectiva podrá disponer que los jueces de letras designen dos o más abogados en cada turno, estableciendo la forma en que se deban distribuir las causas entre los abogados designados.

Por su parte, el artículo 598 señala:

> *Es obligación de los abogados defender gratuitamente* hasta su término las causas de pobres que se les encomienden en conformidad a los preceptos de este título […] *El abogado que no cumpliere esta obligación será sancionado con suspensión del ejercicio de la profesión hasta por seis meses,* por el tribunal que conozca de la causa en que se hubiere producido el incumplimiento. Una vez firme la resolución que imponga una suspensión del ejercicio de la profesión deberá ser comunicada por la Corte de Apelaciones respectiva a los tribunales de su territorio jurisdiccional.

Estas disposiciones se fundamentan principalmente en el artículo 19, número 3, de la Carta Fundamental,[11] precepto que entrega a la ley la regulación de los medios que

[11] Artículo 19, n.º 3. "La Constitución asegura a todas las personas: […] La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

"Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna

permitan brindar asesoría y defensa jurídica a quienes no puedan procurársela por sí mismos; por ende, el turno es la forma de cumplir legalmente un imperativo constitucional. Algunos han señalado que los abogados serían colaboradores de la justicia y desarrollarían por tanto una función pública, en virtud de la cual el Estado puede imponer ciertas obligaciones, como lo es el turno. El Estado defiende este argumento señalando que, al ser él quien otorga el título de abogado, se crea para el destinatario del acto estatal una situación jurídica constituida por una serie de derechos y obligaciones que se compensan entre sí, en la que el Estado otorga el derecho a litigar ante los tribunales, pero a su vez impone deberes, como el de cumplir con la obligación del turno.

Los argumentos del Estado no guardan conformidad con la Constitución ni con la realidad, ya que, aun cuando el derecho a defensa gratuita sea de configuración legal, el legislador debe respetar la esencia de los derechos, y este se encuentra limitado por el principio de reserva legal, que en los hechos no ha ocurrido. Por otra parte, no es cierto que la profesión de abogado sea una actividad pública de colaboración con la administración de justicia, sino una actividad económica privada a la que debe aplicarse el estatuto del artículo 19, número 21, de la Constitución. El otorgamiento del título de abogado por el Estado no es más que el reconocimiento estatal de que cierta persona está habilitada por sus estudios para ejercer esa profesión. Es inconstitucional que se prive a los abogados de la legítima contraprestación pecuniaria que les corresponde, derecho de obtener un lucro garantizado a toda persona por las actividades económicas desarrolladas.

Un estudio comparativo con las demás profesiones liberales haría merecedoras de reproche las normas del COT, habida cuenta de que el turno gratuito solo se exige a los abogados y no a otros profesionales que cumplen una función social, como los médicos, arquitectos o pedagogos, vinculada a bienes jurídicos tan relevantes como la vida, la salud, la vivienda y la educación.[12]

En otros países también se ha consagrado el derecho a la defensa. Es el caso de España, que concibe este derecho con carácter social e impone al Estado el deber de garantizarlo; en ese país los abogados comenzaron a ser remunerados en 1974. En Alemania se reconoció en 1919 el derecho de los abogados a solicitar al Estado el debido reembolso de los gastos ocasionados como consecuencia de la asistencia jurídica gratuita, y en 1923 se los autorizó a demandar una remuneración. En Italia también existe un sistema de asistencia estatal para la defensa del ciudadano sin recursos económicos suficientes, y los honorarios profesionales de los abogados y sus gastos corren a cargo del Estado.[13]

---

autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida.

"La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos".

[12] Nicolás Balmaceda Jimeno: "Corporaciones de asistencia judicial y abogados de turno. ¿Incumplimiento de una garantía constitucional?", en *Revista Chilena de Derecho,* n. º 27, 2000, p. 730.

[13] Patricia Canales y Virginie Loiseau: "La asistencia jurídica gratuita en la legislación de Chile, Alemania, España, Francia, Italia y Suecia", en *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*, 2004, p. 36.

La obligación de otorgar asistencia jurídica gratuita a los pobres no tiene por qué significar un gravamen para los abogados, pues de los antecedentes aportados por otras legislaciones podemos colegir que estos no solo tienen el derecho a ser remunerados, sino que efectivamente lo son. La obligación de otorgar defensa gratuita es un imperativo constitucional y un deber del Estado, que este no puede traspasar a los particulares y menos a un grupo determinado, ya que ello atenta contra la igualdad ante la ley y, por ende, contra el Estado de derecho.

5. La inconstitucionalidad de la institución

Si interpretamos la norma que consagra la institución del abogado de turno a la luz de las disposiciones constitucionales, resulta evidente que esta es manifiestamente contraria a varios preceptos de la Carta Fundamental.

El primer capítulo de inconstitucionalidad es la vulneración de la igualdad ante la ley, consagrada en el numeral 2 del artículo 19. La igualdad ante la ley supone la aplicación de un mismo estatuto jurídico a quienes se encuentran en idénticas condiciones y, por lo tanto, de un estatuto diferente a quienes se encuentran en situaciones distintas, sin hacer discriminaciones ni igualaciones arbitrarias. Esta disposición se ve afectada toda vez que el abogado de turno se encuentra en una situación de desigualdad, ya que se le aplica un estatuto jurídico distinto en razón de la profesión que desempeña, discriminación que no es extensiva ni a otras profesiones ni a otros titulares de cargas públicas. La desigualdad respecto de la carga que se impone a estos profesionales en relación con los demás titulares de cargas públicas se manifiesta en que el turno es una carga personal no remunerada por el fisco, cuando hay otras cargas personales sí remuneradas.[14]

Al respecto existe cierta jurisprudencia de los tribunales superiores en que se ha reconocido la inconstitucionalidad de gravar a unos pocos en beneficio de la comunidad sin que haya mediado la respectiva compensación económica; basta recordar el famoso caso *Galletue con Fisco,* que además sienta por primera vez la responsabilidad extracontractual del Estado por actos lícitos. En esta sentencia, si bien la inconstitucionalidad alude a cargas reales, los argumentos son perfectamente extrapolables a las cargas personales, por cuanto estas difieren de las primeras solo en cuanto a su objeto, mas no en cuanto a su naturaleza. Esto se traduce de la siguiente forma: si el gravamen afecta a unos pocos —los abogados—, entonces el Estado se ve obligado a indemnizar a dichos profesionales, ya que es este el que exige la prestación de un servicio a la comunidad. Por otra parte, la ley no ha determinado con precisión el alcance de la obligación que se impone o puede llegar a imponerse a los abogados con la aludida institución, por lo que se vulnera el principio de reserva legal en la imposición de las cargas públicas.[15]

---

[14] A saber: servicio militar, vocales de mesa en procesos electorales, etcétera.

[15] Artículo 19: "La Constitución asegura a todas las personas: […] 26. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que

El segundo capítulo de inconstitucionalidad está dado por la infracción al numeral 16 del artículo 19, el cual refiere al derecho de toda persona a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución. El turno constituye la práctica forzada de un trabajo sin retribución alguna del beneficiario —el Estado—, cuando la Constitución reconoce el derecho a la justa retribución aunque el trabajo revista caracteres de carga. La doctrina ha precisado que la libertad de trabajo y su protección "es un derecho constitucional que habilita a toda persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar *cualquier actividad remunerativa,* profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley".[16]

Los abogados colaboran con el servicio judicial desempeñando importantes funciones en los tribunales de justicia y su labor se relaciona tanto con aspectos de interés público como privado. El turno es consecuencia de la imposición legal de una carga personal, que no es compatible con nuestro régimen constitucional si no va acompañada de una justa retribución, pues un hombre obligado es un hombre ligado, y un hombre ligado no tiene libertad.[17] El trabajo es una actividad económica, puesto que implica la prestación de un servicio físico o intelectual a cambio de una remuneración. Esto supone que nadie puede ser obligado a desarrollar una labor sin su consentimiento expreso, y menos sin retribución.

El tercer capítulo de inconstitucionalidad está referido a la contravención de la igualdad ante las cargas públicas, garantizada en el inciso primero, numeral 20, del artículo 19. La igualdad ante las cargas públicas garantiza a todas las personas que cualquier gravamen que imponga el Estado será razonable y, por ende, cumplirá con las exigencias del juicio discriminatorio no arbitrario, lo que se traduce en la imposibilidad de aplicar gravámenes solo a algunos en beneficio de toda la comunidad sin otorgar compensación, ya que las cargas públicas generan una exacción estatal coercitiva apreciable pecuniariamente para el cumplimiento de los fines propios del Estado.[18]

El primer elemento del juicio discriminatorio no arbitrario dispone que los individuos a quienes afecta la carga pública se encuentren relacionados por un vínculo esencial, de forma que configuren una misma categoría de personas, lo que claramente no ocurre, ya que si la finalidad del Estado fue agrupar un conjunto de profesionales para que desarrollen una función social de carácter gratuito en favor de la comunidad, los iguales no son los abogados sino los profesionales en general. Lo anterior ha llevado a un autor a sostener que "si todas las profesiones tuvieran la carga pública de ejercer la profesión a favor de los sectores de escasos recursos por cierto plazo y en forma gratuita, dicha carga estaría igualmente repartida y no podría alegarse que es arbitraria e ilegal, no podría objetarse su constitucionalidad".[19]

ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

[16] Enrique Evans de la Cuadra: *Los derechos constitucionales*, tomo III, Santiago: Jurídica de Chile, 1999, p. 10.

[17] Francesco Carnelutti: *Arte del derecho. Seis meditaciones sobre el derecho,* México: 2002, p. 5.

[18] Sentencia rol 755, pronunciada por el Tribunal Constitucional el 31 de marzo de 2008, p. 6.

[19] Nicolás Balmaceda Jimeno: o. cit., p. 730.

El segundo elemento del juicio discriminatorio no arbitrario consiste en que el medio legislativo sea adecuado al fin perseguido, que tampoco se cumple, pues en la práctica, la institución del turno ha demostrado ser insuficiente para dar cumplimiento efectivo a la obligación estatal que se ha pretendido garantizar con ella, lo que ha quedado demostrado con la creación de otras instituciones, como son la defensoría penal pública y la defensoría laboral.

El tercer elemento del juicio discriminatorio no arbitrario exige que la intensidad del gravamen impuesto sea proporcional a la clasificación efectuada. Esta exigencia también se infringe, puesto que la carga debe ser directamente proporcional al número de afectados. La proporcionalidad obliga a que cuanto más intensa sea la carga, más amplio sea el número de afectados. Que la carga de trabajar gratis solo se imponga a los abogados provoca un gravamen inversamente proporcional. La carga que impone el sistema del abogado de turno es inconstitucional, ya que vulnera el vínculo esencial entre iguales y es desproporcionada tanto en su finalidad como en su intensidad.

El último capítulo de inconstitucionalidad está conformado por la trasgresión a la libertad para desarrollar actividad económica lícita, contenida en el numeral 21 del artículo 19. La profesión de abogado constituye la realización de una actividad económica desde el momento en que estos profesionales ofrecen un servicio al público asumiendo personalmente el riesgo por las contingencias del encargo y reciben una remuneración por ello. En consecuencia, no es ni una función pública ni mucho menos una obligación cívica normal como ha señalado el Estado; nadie debería ser constreñido coercitivamente a prestar servicios sin que a cambio medie una remuneración. Este derecho se ve vulnerado, ya que se obliga a los abogados a desarrollar una actividad económica de forma gratuita, privándolos de la contraprestación pecuniaria que es connatural a toda actividad de esta especie, bajo amenaza de sanción para el evento de que no se cumpla con la imposición.

El sistema del turno ha provocado graves inconstitucionalidades durante la vigencia de la actual Carta Fundamental. Sin embargo, esta situación está cambiando drásticamente, ya que el Tribunal Constitucional se pronunció en forma contundente en al menos dos reclamaciones presentadas el año pasado por abogados designados para distintos turnos a lo largo del país, y declaró que el precepto que impone la designación gratuita del abogado de turno es inaplicable, puesto que dichas designaciones son inconstitucionales por violaciones a los derechos ya señalados. La razón de fondo no es otra que mantener la armonía del ordenamiento jurídico y asimismo velar por el adecuado respeto de las garantías constitucionales.

6. El abogado de turno como modalidad de trabajo forzoso

La institución del abogado de turno constituye trabajo forzoso sencillamente porque cumple con los requisitos que establece el convenio 29 para calificar un trabajo de tal.

Sin perjuicio de la existencia de abogados de turno para cumplir con el deber de otorgar defensa gratuita, debemos reconocer que esta no es la única instancia

aprovechada por el Estado, pues existen dos etapas más en las que quienes serán abogados desempeñan la misma función que la institución objeto del presente análisis. La primera de ellas se realiza mientras se cursan los estudios universitarios, oportunidad en la que se trabaja un año estudiantil en favor de personas de escasos recursos a través de las llamadas *clínicas jurídicas,* que están a cargo de abogados profesores. Esta práctica es habitual en todas las profesiones y constituye una complementación necesaria de los estudios. Otra etapa, que nombraremos como segunda instancia, es entregada a las corporaciones de asistencia judicial, las que a través de los denominados *postulantes a abogado* brindan asesoría y defensa gratuita a los pobres. (Debe recordarse que el título de abogado es otorgado por la Corte Suprema solo a quienes tengan el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas otorgado por una universidad reconocida por el Estado y luego de haber cumplido satisfactoriamente la práctica profesional por seis meses en las corporaciones de asistencia judicial.) Por lo tanto, una vez terminados los estudios universitarios y cumplida la clínica jurídica, el postulante a abogado *debe trabajar obligatoriamente seis meses de manera gratuita para el Estado de Chile,* a favor de personas de escasos recursos, pues si no trabaja adecuadamente no llegará a ser abogado.

El sistema de atención otorgado por las corporaciones de asistencia judicial fue creado a instancias del propio Colegio de Abogados. La razón fue colaborar con un Estado carente de recursos y necesitado, que por una parte hacía grandes esfuerzos por impartir justicia y entregar un acceso igualitario a ella, y por otra entregaba, en gran medida, educación universitaria gratuita a quienes serían abogados, sin importar sus recursos. El Colegio de Abogados pensó que la práctica obligatoria de los postulantes era una forma de devolver al Estado parte de lo que este había invertido en la educación de los futuros abogados. Sin embargo, la realidad actual es sustancialmente distinta, por cuanto en Chile no existe educación universitaria gratuita; es más, todas las universidades que imparten la carrera de Derecho, sean públicas o privadas, cobran aranceles bastante onerosos. Por otra parte, Chile ya no es el país de escasos recursos de hace un siglo atrás, sino que tiene capacidad suficiente para cumplir con la obligación de proporcionar acceso a la justicia a sus habitantes.

Una vez que el abogado se encuentra en posesión de su título profesional, *es obligado a continuar trabajando gratis* a favor de particulares, a través del *sistema de abogado de turno*. Mensualmente se confeccionan listas de abogados que durante todo el mes deben estar disponibles para asumir las defensas de los casos que les encomiendan los jueces. Los casos asignados pueden corresponder a cualquier materia o especialidad, sin importar la destreza o los conocimientos que de ellos pudiera tener el abogado. En algunas ciudades del país, la necesidad de abogados de turno es satisfecha con los abogados recién recibidos. En otras se requiere de más profesionales, por lo que con cierta periodicidad, anual o bianualmente, se repiten los nombres de los abogados designados para el turno.

La defensa no solo es gratuita sino que, además, debe ser hecha hasta el término de la causa. Dada la lentitud de los procedimientos judiciales, los juicios pueden durar varios años, lo que ha ocasionado que en la práctica el abogado designado para un turno mantenga causas del turno para el que fue designado anteriormente. Los abogados no

solo no reciben remuneración alguna por estas defensas, sino que deben solventar con sus propios recursos los múltiples gastos que envuelve una defensa profesional, pues si se niegan a asumirlos son sancionados con suspensión del ejercicio de la profesión hasta por seis meses, sanción que además se hace pública, lo cual implica un desprestigio que acarrea la pérdida de clientes.

Los abogados chilenos no se inscriben voluntariamente para defender las causas de pobres sino que las asumen para evitar sanciones. Al no haber una voluntad libre y espontánea, la designación no puede ser eficaz, pues falta uno de los requisitos de validez de todo acto jurídico. Si bien los abogados escogen libremente su profesión y conocen la existencia de las obligaciones legales inherentes a ella, ese conocimiento no es suficiente para excluir el carácter forzoso de los trabajos exigidos. Se produce una coerción innegable, ya que la amenaza de suspensión del ejercicio profesional es una de las sanciones más graves que existen, pues apareja la imposibilidad de ganarse el sustento. Esta situación se agrava con la medida de publicidad que efectúa la Corte.

A los abogados chilenos se los obliga a prestar un servicio profesional gratuitamente, lo que los convierte en víctimas de trabajo forzoso. Por esta razón surge la responsabilidad innegable del Estado en estos hechos, que no solo no los impidió ni castigó, sino que ha sido él mismo el que los ha impuesto directamente. El Estado no garantiza el cumplimiento efectivo del convenio 29, con lo que vulnera directa, manifiesta y reiteradamente los artículos 4, 11, 12 y 14, puesto que obliga a los abogados, hombres y mujeres, sin importar su edad, a desarrollar trabajo forzoso a favor de particulares. El convenio impone un máximo de 60 días de duración del trabajo, situación que tampoco se ha cumplido en la práctica, ya que en Chile, al igual que en otras partes del mundo, la defensa judicial puede durar años, y el abogado, según dispone el artículo 598 del COT, debe asumir la defensa hasta el término de la causa.

Los abogados de turno no solo realizan la labor gratuitamente, sino que además no se les entregan recursos para financiar los gastos que genera la tramitación de los juicios —fotocopias, teléfono, gastos de oficina o movilización—, y a menudo son designados para defender causas en tribunales ubicados en ciudades distintas de aquellas donde viven o trabajan. Que el trabajo que se obliga a desarrollar a los abogados esté impuesto por ley no significa que sea correcto o que este conforme con la Constitución; este hecho solo constata la violación al convenio.

Por otra parte, el Estado ha señalado reiteradamente que la labor del abogado de turno es una obligación cívica normal en una sociedad democrática y solidaria, por lo que constituye así una excepción al trabajo forzoso prevista por el mismo convenio. Sin embargo, las excepciones son taxativas, por lo que deben interpretarse restrictivamente, y en este caso la obligación del abogado de turno se desprende del compromiso del Estado de asegurar a todas las personas el acceso a la justicia, cuya razón se fundamenta en un servicio de interés general, que incumbe a una porción muy menor de la población, por causa de su profesión. Por tanto, al no imponerse a todas las personas por igual, esta obligación no puede ser una obligación cívica normal.

Ciertamente, el interés general es el denominador común entre las excepciones al trabajo forzoso; por ello la obligación del turno guarda semejanza con las excepciones

previstas por el mismo convenio. No obstante, esta institución debería enmarcarse en límites razonables de proporcionalidad para quedar fuera del ámbito de aplicación del convenio, situación que no ocurre en el caso planteado.

7. Conclusión

El artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales es una norma inconstitucional que traspasa la carga de concretar el derecho a defensa a los particulares, en circunstancias en que la obligación primordial corresponde al Estado. El traspaso de este deber a una pequeña porción de los particulares en razón de su profesión es abiertamente contrario a la Constitución. La inconstitucionalidad va más allá de los perjuicios que se ocasionen en un caso determinado, pues de la sola confrontación de la norma legal con los derechos fundamentales garantizados en los números 2, 16, 20 y 21 del artículo 19 se desprende inequívocamente su contrariedad con la normativa constitucional.

La igualdad ante la ley se afecta por la desigualdad que experimentan los abogados respecto de otras profesiones a las que no se impone gravamen, como también respecto de otras cargas públicas que son actualmente remuneradas, pues la igualdad supone que las normas jurídicas sean iguales para todas las personas que se encuentran en la misma situación. La violación de esta disposición se produce como consecuencia de su falta de aplicación a otras profesiones, así como por su aplicación restringida a un grupo de profesionales, habida cuenta de que si la norma debe ser igual para todos aquellos que se encuentran en la misma situación, debe aplicarse, o bien a todos los profesionales sin distinción, o bien a ninguno de ellos. A su vez, la infracción que se comete respecto de la igualdad ante las cargas públicas se debe a que el turno es una carga que no cumple las exigencias del juicio discriminatorio no arbitrario, esto es, que se trate de una misma categoría de personas, puesto que los iguales deberían ser los profesionales en general y no los abogados. Por otra parte, el medio no es adecuado al fin perseguido, pues la institución ha demostrado ser insuficiente. Se infringe además el criterio de proporcionalidad, pues mientras más gravosa sea la carga, mayor debería ser el número de obligados, pero en el caso estos se reducen a un grupo específico.

El fin perseguido por el legislador de otorgar asistencia jurídica gratuita es constitucionalmente lícito; sin embargo, el medio empleado para otorgarla no lo es, ya que la carga de prestar servicios gratuitamente es un medio desproporcionadamente gravoso, por cuanto la obligación se encuentra radicada en el Estado y no en los abogados, lo que genera una situación que no es constitucional ni lícita.

La infracción del derecho a desarrollar actividades económicas se produce como consecuencia de que se obliga a los abogados a prestar un servicio determinado sin derecho a recibir una remuneración y bajo amenaza de sanción para el evento de incumplimiento. La vulneración de este derecho se suma a la violación de la libertad de trabajo, garantía subsumida dentro de la anterior y que se produce como consecuencia de la imposición de un trabajo forzado sin derecho a retribución por el Estado en su calidad de beneficiario directo del servicio proporcionado por los abogados.

Este sistema constituye asimismo trabajo forzoso pues no solo se trata de un servicio exigido a un individuo bajo amenaza de una pena, y para el cual el individuo no se ofrece voluntariamente, sino que además se trata de un oficio que no respeta límites razonables de proporcionalidad, por cuanto genera una obligación de disponibilidad no circunscrita en el tiempo, que además no es ni remunerada ni indemnizada. Pero, sin lugar a dudas, el mayor desequilibrio dentro del análisis sobre el respeto a los límites razonables de proporcionalidad es la sanción disciplinaria que se impone a los abogados que no cumplan con la obligación de defender las causas que se les encomiendan.

Chile, en su calidad de miembro de la OIT y habiendo ratificado los convenios 29 y 105, se encuentra obligado a abolir toda forma de trabajo forzoso, situación que no ha ocurrido completamente. Sin embargo, nuestra magistratura constitucional en recientes fallos ha señalado que el término *gratuitamente* a que alude el inciso 1.º del artículo 595 es inaplicable, aunque las demás disposiciones relativas al turno mantienen su aplicación, lo que de todos modos constituye un avance en la materia. Esta conducta del Estado no solo es reprochable desde un punto de vista jurídico, sino que además es éticamente inaceptable argumentar supuestas obligaciones cívicas normales en razón del interés general.

Existiendo cargas públicas remuneradas que constituyen obligaciones cívicas normales, el abogado de turno no es ni podría ser jamás una obligación cívica normal, pues no solo no es remunerada sino que excede en mucho a una obligación de esta naturaleza.

Bibliografía

Alto al trabajo forzoso, informe global con arreglo a la declaración de la OIT relativa a principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo, 89.ª reunión, 2001.

Balmaceda Jimeno, Nicolás: "Corporaciones de asistencia judicial y abogados de turno. ¿Incumplimiento de una garantía constitucional?", en *Revista Chilena de Derecho,* n.º 27, 2000.

Canales, Patricia, y Virginie Loiseau: *La asistencia jurídica gratuita en la legislación de Chile, Alemania, España, Francia, Italia y Suecia,* Santiago de Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2004.

Carnelutti, Francesco: *Arte del derecho. Seis meditaciones sobre el derecho*, México, 2002.

Colegio de Abogados de Chile A. G.: Reclamación presentada por el Colegio de Abogados de Chile A. G. contra la República de Chile ante la OIT, 31 de octubre de 2006.

Consejo de Administración de la OIT: Informe referente a la reclamación deducida por el Colegio de Abogados de Chile A. G., de 11 de noviembre de 2008.

Doyharcabal Casse, Solange: "Asistencia judicial gratuita en el derecho romano", en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n.º 9, 1983.

Dougnac Rodríguez, Antonio: "Notas históricas en torno a la asistencia jurídica gratuita y la práctica forense en Chile", en *Revista de Derecho Procesal,* Santiago de Chile: Universidad de Chile, 1973.

Evans de la Cuadra, Enrique: *Los derechos constitucionales,* t. II y III, Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1999.

Tribunal Constitucional de Chile: Sentencia rol n.º 804, del 28 de diciembre de 2007.

— Sentencia rol n.º 755, del 31 de marzo de 2008.

— Sentencia rol n.º 1140, del 14 de enero de 2009.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, PP. 117-138, ISSN 1510-4974

Martín Risso Ferrand (Uruguay)*

El debido proceso en la Constitución uruguaya

RESUMEN

La antigua garantía del debido proceso está presentando algunas dificultades en cuanto a su alcance. En este trabajo se procura realizar un replanteo histórico de la cuestión, destacando la importancia de la garantía, para distinguir luego entre el debido proceso instrumental y el sustantivo. A continuación se describen los principales componentes del debido proceso en nuestros días, distinguiendo entre los de fuente constitucional y los de fuente internacional. Se culmina con el estudio de dos aspectos básicos de esta noción: 1) ante quién debe cumplirse el debido proceso y 2) qué características requiere tener la autoridad que debe resolver la cuestión.

Palabras clave: debido proceso legal, jurisdicción constitucional, proceso penal, garantías constitucionales, Constitución política, Uruguay.

ZUSAMMENFASSUNG

Die frühere Garantie eines rechtmäßigen Verfahrens entbehrt hinsichtlich ihres Geltungsbereichs nicht gewisser Schwierigkeiten. In dieser Arbeit wird der Versuch unternommen, die Frage aus einer historischen Perspektive neu zu formulieren. Dabei wird zunächst die Bedeutung der Garantie betont, um anschliebend auf den Unterschied zwischen dem instrumentellen und dem materiellen Aspekt eines rechtmäßigen Verfahrens einzugehen. Danach werden die wichtigsten Bestandteile des rechtmäßigen Verfahrens in der Aktualität dargelegt, wobei zwischen in der Verfassung begründeten und aus internationalen Quellen gespeisten Komponenten unterschieden wird. Zum Abschluss soll auf zwei grundlegende Aspekte des Begriffs eingegangen werden: 1) vor wem das rechtmäßige Verfahren einzuhalten ist und 2) welche Eigenschaften die Instanz erfüllen muss, die in der Sache zu entscheiden hat.

Schlagwörter: rechtmäßiges Verfahren, Verfassungsgerichtsbarkeit, Strafprozess, Verfassungsgarantien, Verfassung, Uruguay.

ABSTRACT

Some difficulties are arising with regard to the scope of the longstanding guarantee of due process. This paper makes a historical review of the subject, underlining the importance of this guarantee and going on

* Director del Departamento de Derecho Constitucional y Derechos Humanos y profesor titular de Derecho Constitucional en grado y posgrado en la Universidad Católica del Uruguay. ‹martinrisso@netgate.com.uy›

to distinguish between instrumental and substantive due process. The main components of due process in our times are described and a distinction is made between those which have a constitutional source and those with an international source. Finally, two basic aspects of the concept are studied: 1) before whom should the due process be observed and 2) required characteristics of the authority called upon to decide the matter.

Keywords: due process of law, constitutional jurisdiction, criminal procedure, constitutional guarantees, political Constitution, Uruguay.

1. Objeto

Si bien el rango constitucional de la garantía del *debido proceso* fue aceptado hace décadas en Uruguay, en especial con base en la obra de Eduardo J. Couture, en los últimos tiempos se han agudizado algunos problemas relativos a esta garantía y otros nuevos han aparecido.

En materia penal se mantiene en el país un régimen inquisitorio, en el cual el juez tiene un rol confuso y, además de decidir, participa activamente en el inicio del procedimiento y en la instrucción. La inconstitucionalidad de este proceso y la necesidad de sustituirlo por otro proceso acusatorio, compatible con las normas constitucionales e internacionales en materia de debido proceso, son reconocidas por todos casi sin excepciones. Desde hace años se suceden los proyectos preparados por comisiones de expertos, pero nunca entran en vigencia. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha observado al Estado uruguayo en este sentido, pero el problema sigue sin solución.

En lo que refiere al debido proceso en sede administrativa, puede advertirse cierto retroceso en las garantías del administrado o del funcionario frente a la Administración. Este retroceso, que encuentra una de sus causas en una jurisprudencia permisiva del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, implica una grave involución de las garantías de los derechos humanos.

Por último, se ha sancionado recientemente una ley de procedimiento laboral que, con el explícito propósito de reducir la duración de los procesos laborales, incluye soluciones cuya constitucionalidad ha sido cuestionada ante la Suprema Corte de Justicia, que todavía no se ha pronunciado en ningún caso.

Lo anterior justifica una nueva reflexión sobre esta noción, con el propósito de individualizar algunos de los aspectos centrales y más cuestionados.

2. El derecho procesal constitucional y el derecho constitucional procesal

El derecho constitucional y el derecho procesal nunca fueron, en el marco de un Estado democrático de derecho, disciplinas separadas; por el contrario, su vinculación ha sido

evidente. En este sentido, aunque con dificultades y discusiones, dos conceptos son los que permiten aclarar las líneas generales de esta vinculación.

Muchos autores atribuyen al Prof. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo el mérito de haber acuñado la noción de *derecho procesal constitucional*,[1] aunque otros, como Fix Zamudio, señalan a Couture como quien lanzó este concepto.[2] Efectivamente, y sin perjuicio de otros aportes, Eduardo Couture incorporó en su obra *Estudios de derecho procesal civil,* p. 189, en la parte tercera, un título que expresa "Casos de derecho procesal constitucional", lo que puede considerarse una de las primeras referencias en este sentido.[3]

Sobre el derecho procesal constitucional y su naturaleza jurídica pueden mencionarse al menos tres variantes relevantes. Algunos autores, como García Belaunde, consideran que el derecho procesal constitucional no es más que una parte del derecho procesal[4] que refiere a la jurisdicción constitucional, a los procesos constitucionales y a los órganos constitucionales. En el extremo opuesto, otros, como Peter Haberle y Alberto Spota,[5] lo consideran comprendido dentro del derecho constitucional. Por último, en una posición mixta, Néstor Sagüés considera al derecho procesal constitucional comprendido en ambas disciplinas o como una tercera variante dentro de ellas.[6]

A esta altura parece bastante claro que existe una noción consolidada de *derecho procesal constitucional,* que según los autores refiere a la jurisdicción constitucional, a la magistratura constitucional y a los procesos constitucionales, la cual, bien dentro del derecho procesal, bien dentro del derecho constitucional o con una naturaleza jurídica mixta, tiende a asegurar la supremacía constitucional en todo el orden jurídico. Dentro de esta disciplina encuadrarían los procesos de contralor de la regularidad constitucional de las leyes, el hábeas corpus, la acción o recurso de amparo, el hábeas data, etcétera.

A diferencia del anterior, el *derecho constitucional procesal* es un sector del derecho constitucional que se ocupa de algunas instituciones procesales reputadas por el constituyente como fundamentales. Entre estas cuestiones procesales pueden mencionarse las garantías de una recta administración de justicia (garantías para los jueces, para las partes, formalidades esenciales del procedimiento, etcétera). En general, refiere al debido proceso. Sagüés menciona, a mero título de ejemplo: prohibición de juzgamiento por comisiones especiales, nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo,

---

[1] Domingo García Belaunde: *Derecho procesal constitucional*, Bogotá: Temis, 2001, p. 3.

[2] Néstor Sagüés: *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario,* Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 6.

[3] Eduardo J. Couture: *Estudios de derecho procesal civil,* tomo 1, Buenos Aires: Depalma, 1998 (1948).

[4] Ibídem, pp. 9 ss.

[5] Este último citado por García Belaunde: o. cit., p. 8.

[6] Néstor Sagüés: *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos,* Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 2006.

inviolabilidad de la defensa en juicio, estabilidad e independencia de los magistrados, etcétera.[7] En el Uruguay, Couture desarrolló estos argumentos en 1948.[8]

3. La garantía del debido proceso

La garantía del debido proceso encuentra sus orígenes en las obras de Aristóteles y Cicerón,[9] y su más antiguo desarrollo normativo en la Carta Magna de 1215, que dispuso en su punto 39 que ningún "[…] free man shall be taken, or imprisioned, or disseizeid, or outlaned, or exiled […] but by the lawful judgement of his peer sor by the law of the land". Poco después, en 1354, una ley utilizó la expresión *due process of law,* que fue entendida como equivalente a *law of the land.*[10]

De Inglaterra el debido proceso pasó al derecho constitucional de Estados Unidos de América; se incluyó en las constituciones de Maryland, Pensylvania y Massachusetts, para terminar en 1791 con la enmienda V[11] a la Constitución federal y más tarde con la enmienda XIV[12] (la primera refiere al Estado federal y la segunda a los estados miembros).[13]

La jurisprudencia norteamericana ha desarrollado dos variantes del debido proceso: a) el debido proceso instrumental y b) el debido proceso sustantivo. El primero de ellos, como señala Chemerinsky, refiere a los procedimientos que el gobierno debe seguir para privar a un sujeto de ciertos derechos. Los temas centrales refieren a la forma de *noticia* que el gobierno debe dar y a la forma de audiencia que debe disponerse. El debido proceso sustantivo, por su parte, refiere a la adecuada razón del gobierno para limitar los derechos en juego. En otras palabras, en este segundo debido proceso se requiere que el gobierno justifique debidamente la privación dispuesta.[14] La Corte Suprema, como señala este autor, ha distinguido claramente entre uno y otro. Si, por ejemplo, se quiere terminar con la custodia a que los padres tienen derecho sobre sus hijos, se deberá: a) notificar al interesado y darle oportunidad de participar en una audiencia para la defensa de sus derechos (debido proceso instrumental), y b) los peticionantes de la restricción al derecho a la custodia deberán te-

---

[7] Néstor Sagüés: *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario…,* o. cit., p. 4.

[8] Ibídem, p. 18 ss.

[9] Raúl Serrano Geyls: *Derecho constitucional de Estados Unidos y Puerto Rico,* vol. II, Programa de Educación Continua. Universidad Interamericana de Puerto Rico. Facultad de Derecho, 2.ª reimp., 2003, p. 912.

[10] Ibídem.

[11] "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or […]; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; […]."

[12] "[…] nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; […]."

[13] Allan Ides y Christopher May: *Constitutional Law. Individual Rights,* 4.ª ed., Nueva York: Aspen, 2007, p. 55.

[14] Erwin Chemerinsky: *Constitutional Law. Principles and policies,* 3.ª ed., Nueva York: Aspen, 2006, pp. 545 ss.

ner una buena justificación para que esta sea aceptable (debido proceso sustantivo). El primero no ha generado mayores problemas, mientras que el segundo ha sido objeto de largas discusiones.

4. El debido proceso instrumental

En el debido proceso instrumental las tres cuestiones básicas se formulan con tres interrogantes: ¿qué significa privación de un derecho?, ¿cuáles son los derechos protegidos por esta cláusula? y ¿qué es debido proceso legal?

La privación refiere a: a) una acción intencional de menoscabo de un derecho; b) si el gobierno falla en la protección del derecho, y c) si el gobierno no previene el menoscabo.[15] Lo que se busca es lograr un proceso limpio y justo, que permita tomar la decisión correcta y minimizar las privaciones de derechos decididas por error o sin considerar ciertos aspectos.[16]

Esta noción, muy trabajada por la jurisprudencia, se aplicó con relación a las decisiones de las agencias reguladoras pues sus decisiones afectaban los derechos constitucionalmente protegidos. Hasta hace unos años la cuestión era simple y se requería el típico proceso judicial con las siguientes características:

- No debe existir predisposición del tribunal (garantía de imparcialidad).
- Debe darse noticia de la acción por realizar.
- Debe existir posibilidad de presentar razones en contra de la acción.
- Derecho de prueba y de oponerse a la prueba.
- Derecho de repreguntar.
- Decisión basada solo en la evidencia obtenida.
- Derecho a contar con asistencia letrada.
- Sentencia escrita y fundada.[17]

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se ha referido a los elementos que componen esta noción, por ejemplo, en los casos *Cubber contra Bélgica,*[18] *Barberá y otros contra España*[19] y en el caso *Sunday Times contra Reino Unido,*[20] entre otros. En todos estos casos el Tribunal analizó con precisión las garantías que componen esta noción: imparcialidad de los jueces (garantía básica), respeto de la presunción de inocencia, que los juicios no sean meras formalidades o solo aparenten ser un proceso justo, plazo razonable, etcétera.

---

[15] Ibídem, p. 549.

[16] Allan Ides y Christopher May: o. cit., p. 167.

[17] Richard J. Pierce Jr., Sidney A. Shapiro y Paul R. Verkuil: *Administrative Law and Process,* 5.ª ed., Nueva York: Foundation Press, 2009, p. 273.

[18] Francisco Díaz Revorio: *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* Lima: Palestra, 2004, pp. 495 ss.

[19] Ibídem, pp. 567 ss.

[20] Ibídem, pp. 269 ss.

También el Tribunal Constitucional alemán ha reconocido el derecho general a la tutela jurisdiccional derivado del Estado de derecho en relación con los derechos fundamentales, como fundamento de la protección jurídica en asuntos civiles.[21]

5. El debido proceso sustantivo

El debido proceso sustantivo es uno de los temas controvertidos del derecho constitucional norteamericano, en el que se ha destacado su carácter contradictorio.[22] La Corte Suprema lo articula para referir a ciertos valores, normalmente no establecidos expresamente en la Constitución, que el gobierno no puede vulnerar si no tiene un inusualmente alto estándar de justificación. Los antecedentes remotos se encuentran en el año 1798, e incluso el juez Marshall se aproximó al tema, pero las primeras formulaciones aparecen en las discordias de Slaugther-House Cases, de 1873.[23]

En el caso *Lochner contra Nueva York,* de 1905 (este caso analizado en nuestros días resulta inaceptable en su conclusión, pero lo que interesa en este momento es el razonamiento que se utilizó), la Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad de una ley del estado de Nueva York que había establecido topes a la jornada laboral en las panaderías (el límite eran diez horas diarias o sesenta semanales). En la sentencia se realiza una interpretación muy amplia de la palabra *liberty,* haciéndola comprensiva de los derechos económicos, y se concluye que la ley viola la libertad contractual. La mayoría de la Corte no dice que la libertad contractual no pueda limitarse, sino que dicha limitación no está justificada en el caso concreto (rechaza, por ejemplo, los argumentos basados en la salud de los empleados por no considerarlo suficientemente acreditado). En la propia sentencia aparece una discordia del juez Holmes, quien sí considera razonable la limitación de la libertad y agrega que con el criterio estricto de la mayoría deberían considerarse inconstitucionales antiguas leyes como las de usura, de descanso dominical, etcétera.[24]

Concretamente dijo el juez Peckham en *Lochner*:[25]

---

[21] Jürgen Schwabe: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán,* Edit. Fundación Honrad Adenauer, 2009, p. 528 ss.

[22] Sullivan y Gunther han destacado que aparece como un "green pastel redness". Kathleen M. Sullivan y Gerald Gunther: *Constitutional Law,* Nueva York: Foundation Press, Thomson West, 15.ª ed., 2004, p. 485.

[23] Geoffrey R. Stone, Louis M. Seidman, Cass R. Sunstein, Mark V. Tushnet y Pamela S. Karlan: *Constitutional Law*, Nueva York: Aspen, 2005, p. 725 ss.

[24] Kathleen M. Sullivan, y Gerald Gunther: o. cit., p. 492 ss.

[25] Ibídem, pp. 492-493: "[…] It must, of course, be conceded that there is a limit to the valid exercise of the police power. Otherwise the 14th Amendment would have no efficacy and the legislatures of the States would have unbounded power, and it would be enough to say that any piece of legislation was enacted to conserve the morals, the health or the safety of the people. The claim of the police power would be a mere pretext. In every case that comes before this court, therefore, the question necessarily arises: Is this a fair, reasonable and appropriate exercise of the police power, or is it an unreasonable, unnecessary and arbitrary interference with the right of the individual to his personal liberty or to enter into those contracts in relation to labor which may seem to him appropriate or necessary for the support of himself and his family […]. The question whether this act is valid as a labor law, pure and simple, may be dismissed in a few words. There is no reasonable

> Por supuesto que debe entenderse que hay un límite al válido ejercicio de la fuerza pública. De otra forma la Enmienda n.º 14 no tendría eficacia, y las legislaturas de los Estados tendrían poder ilimitado y sería suficiente con decir que cualquier ley fue sancionada para preservar la moral, la salud o la seguridad de las personas.
>
> El derecho a la fuerza pública sería un mero pretexto. Por lo tanto, en cada caso que se presenta ante esta corte, la pregunta se plantea necesariamente: *¿Es esta una manera justa, razonable y apropiada de utilizar la fuerza pública, o es una interferencia irracional, innecesaria y arbitraria con el derecho del individuo a su libertad personal o a ser parte en determinados contratos en relación a su trabajo que le parezcan apropiados o necesarios para mantenerse económicamente él y su familia* […].[26]
>
> La pregunta sobre si esta norma es válida como ley laboral, pura y simple, debe ser descartada en pocas palabras. No hay ningún argumento razonable para interferir con la libertad de la persona o el derecho a la libertad contractual, mediante la determinación de las horas de trabajo, en la profesión de un panadero. No se argumentó que los panaderos como clase no sean iguales en inteligencia y capacidad a los hombres de otros oficios u ocupaciones manuales, o que no sean capaces de defender sus derechos y cuidar por sí mismos sin el brazo protector del Estado, interfiriendo con su independencia de criterio y de acción […].
>
> Pensamos que el límite de la fuerza pública se alcanzó y pasó en este caso. No existe, a nuestro juicio, ningún argumento razonable para sostener que esto es bienestar para los individuos que entran al oficio de panadero.[27]

Sin perjuicio de otros casos, en *Neebia contra Nueva York* la Corte modificó en parte el criterio anterior[28] al establecer que no hay derechos absolutos y que, si bien lo normal es que el ejercicio de la propiedad y los contratos los definan los particulares, el derecho cesa cuando se usa la propiedad en detrimento de otros o se ejerce la libertad causando daños.[29]

Y seguramente uno de los cambios más trascendentes del siglo XX llegó en la década del treinta, en el caso *U.S. contra Carolene Products,*[30] en los que la Corte distinguió

---

ground for interfering with the liberty of person or the right of free contract, by determining the hours of labor, in the occupation of a baker. There is no contention that bakers as a class are not equal in intelligence and capacity to men in other trades or manual occupations, or that they are not able to assert their rights and care for themselves without the protecting arm of the State, interfering with their independence of judgment and of action […]. We think the limit of the police power has been reached and passed in this case. There is, in our judgment, no reasonable foundation for holding this to be health of the individuals who are following the trade of a baker […]".

[26] El destacado, obviamente, me pertenece.

[27] Por supuesto que debe prescindirse de la ley considerada inconstitucional en 1905 y lo que se persigue con la transcripción es señalar cómo funciona el juicio de razonabilidad.

[28] Se cuestionaba una ley de Nueva York que había establecido una comisión con poder para fijar precios máximos y mínimos a productos lácteos.

[29] Kathleen M. Sullivan, y Gerald Gunther: o. cit., p. 503. También Alberto B. Bianchi: *Dinámica del Estado de derecho. La seguridad jurídica ante las emergencias*, Buenos Aires: Ábaco, 1996, p. 56.

[30] Refería a una ley que había prohibido el transporte interestatal de un tipo de leche (*filled milk*) por considerar que era perjudicial para la salud y por ser un fraude el producto ofrecido.

entre los derechos protegidos por el *bill of rights* (enmiendas I a X) y luego volcados en la enmienda XIV, que no pueden ser afectados por la ley salvo casos excepcionales (los estándares para analizar la justificación de la limitación son muy elevados) y los derechos económicos, que tienen una protección menos intensa.[31] Para los primeros derechos solo en casos especiales y excepcionales podrá el Estado justificar la restricción legal del derecho, pero en los otros la exigencia es menor e incluso se presume que las razones que llevaron al legislador a limitar el derecho existen y son válidas salvo que se pruebe lo contrario. El juez Stone, en su famosa nota al pie número 4, estableció la distinción anterior, que no surge del texto constitucional.[32]

El debido proceso sustantivo reapareció luego para referir a derechos no económicos, tales como reproducción, familia, sexo, muerte. Respecto a estos derechos la Corte ha sido extraordinariamente exigente a la hora de justificar eventuales limitaciones a la libertad y a la privacidad de los individuos. Nuevamente es interesante reparar en que el derecho a la privacidad que reconoce la Corte no surge en forma expresa de la Constitución. Con este enfoque protector de los derechos y exigente para aceptar leyes que limiten la privacidad, la Corte se ha pronunciado, por ejemplo, sobre la problemática del aborto en *Roe contra Wade.*

El modelo actual de debido proceso sustantivo se estructura sobre cinco pasos: 1) ¿El interés en cuestión está calificado como libertad protegida bajo la cláusula de debido proceso? 2) ¿Es la libertad protegida una de las que se reconocen como fundamentales? 3) ¿La ley cuestionada menoscaba o interfiere la libertad fundamental en forma inapropiada? 4) En caso de que una libertad fundamental haya sido menoscabada, ¿la ley favorece sustancialmente a un interés gubernamental ineludible? 5) ¿El gobierno ha escogido la opción que menoscaba menos la libertad para obtener su propósito?[33]

El debido proceso sustantivo es utilizado también en América Latina para referir a la noción de justicia que debe inspirar todo procedimiento jurídico. No basta con la formalidad, sino que la justicia y la razonabilidad del resultado es imprescindible para cumplir con las exigencias constitucionales.[34] De esta forma el debido proceso sustantivo viene a completar el debido proceso instrumental. Es su consecuencia lógica e ineludible.

Sagüés, por su parte, luego de mencionar los topes al poder reglamentario (dimensiones permitidas y dimensiones prohibidas) y de recordar que, conforme al debido

---

Geoffrey R. Stone, Louis M. Seidman, Cass R. Sunstein, Mark V. Tushnet y Pamela S. Karlan: o. cit., pp. 762 ss.

[31] Kathleen M. Sullivan, y Gerald Gunther: o. cit., p. 507 ss.; Alberto B. Bianchi: o. cit., p. 112 ss.

[32] Para los derechos de segunda categoría o nivel (los no preferidos), la Corte utiliza una suerte de presunción de constitucionalidad referida a la carga de la prueba: presume suficientes los motivos que condujeron al legislador para la restricción por ley del derecho (sin perjuicio de la prueba en contrario que se produzca). En cambio, para los derechos especialmente protegidos, solo se admite la constitucionalidad de la restricción del derecho cuando se acrediten los motivos que justifican la limitación, los que se analizan con estándares muy elevados de exigencia (sumamente protectores de los derechos fundamentales) a los efectos de determinar si la limitación es razonable o no.

[33] Allan Ides y Christopher May: o. cit., pp. 78 ss.

[34] Néstor P. Sagüés: *Elementos de derecho constitucional* (2.ª ed. actualizada y ampliada), Buenos Aires: Astrea, 1997, tomo II, pp. 612 ss.

proceso sustantivo, solo se consideran constitucionales las normas *razonables,* pasa a analizar lo que denomina el *test de razonabilidad,* que estudia en tres niveles:

a. *Razonabilidad normativa,* que refiere a que la norma reglamentaria no puede ser contradictoria con ninguna disposición constitucional.
b. *Razonabilidad técnica,* que impone una apropiada adecuación entre los fines postulados por una ley y los medios que utiliza para lograrlos.
c. *Razonabilidad axiológica,* que refiere a una cuota básica de justicia, ya que no puede aceptarse la constitucionalidad de una norma que consagra una manifiesta iniquidad (cita además jurisprudencia argentina en este sentido).[35]

6. El debido proceso en la Constitución uruguaya

El debido proceso legal tiene rango constitucional en Uruguay desde 1830.[36] Si bien el texto refiere principalmente al proceso penal, la garantía se ha ido ampliando y nadie duda hoy de que, con el complemento del artículo 72 de la Carta y con el aporte del derecho internacional de los derechos humanos, la garantía existe aun fuera del proceso penal. Incluso el artículo 66, parcialmente, da la base para el funcionamiento de esta garantía en sede administrativa.

En este punto, aunque sin detenerme, debo hacer algunas precisiones. La separación entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos está, a esta altura, totalmente superada. Dos han sido las posiciones modernas que permiten analizar la cuestión en Uruguay. Una primera posibilidad interpretativa consiste en considerar que la Constitución, por la vía del artículo 72, ha producido una suerte de *constitucionalización* del derecho internacional de los derechos humanos y, por lo tanto, a los derechos humanos comprendidos en este último debe reconocérseles rango constitucional.[37] Una segunda variante consiste en reconocer la existencia de un *bloque de derechos* compuesto por los derechos humanos de fuente constitucional, los de fuente internacional y los derechos implícitos, aunque sin perder su naturaleza jurídica ni su fuente.[38] Esta posición fue tomada por la Suprema Corte de Justicia en la sentencia del 19 de octubre de 2009. O sea que, en uno u otro enfoque, el *debido proceso* en Uruguay debe analizarse tanto en la Constitución como con el derecho internacional de los derechos humanos.

---

[35] Ibídem, pp. 698 -702.

[36] El artículo 136 de la Constitución de 1830 establecía similar texto al actual artículo 12, salvo el uso de la palabra *ninguno* en lugar de *nadie.*

[37] Juan P. Cajarville Peluffo: "Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya", en *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, 1996. También Martín Risso Ferrand: "Instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y el artículo 72 de la Constitución", en *Quinto Coloquio de Derecho Público*, Montevideo: Editorial Universidad. Y también en "La Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Constitución Uruguaya", en *Derechos humanos*, Montevideo: Amalio Fernández, 1999, pp. 61 ss.

[38] Me remito a lo dicho en Martín Risso Ferrand: *Algunas garantías básicas de los derechos humanos,* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008, capítulo I.

El artículo 12 de la Constitución, cuando establece que *nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal,* está dando la pauta clara del *debido proceso penal,* que se complementa con lo dispuesto en los artículos siguientes.

Como señala Korzeniak, no es sencillo lograr una definición completa de este concepto de *debido proceso,* razón por la cual los autores optan en general por describir sus principales componentes.[39] Y este mismo autor señala como características principales del principio las siguientes:

1) En primer lugar el proceso penal debe sustanciarse conforme a normas jurídicas de cierta jerarquía superior: la ley —sin perjuicio de las pautas o prescripciones constitucionales—, según surge del artículo 18 de la Constitución.
2) La pena está condicionada a la sustanciación completa del proceso y al dictado de la sentencia (legal) correspondiente. Antes de esto no puede haber pena.
3) Tanto el delito como la pena tienen que encontrarse debidamente establecidos antes de la actuación del sujeto (irretroactividad de la ley penal).
4) Los jueces actuantes tienen que ser imparciales (debe haber posibilidad de recusación y además aparece la prohibición del artículo 19 de los juicios por comisión), responsables (artículo 23) e independientes (asegurado con base en el principio de separación de poderes).
5) Las partes deben recibir en el proceso un tratamiento igualitario (artículos 20 y 21).
6) El acusado debe tener la posibilidad real y efectiva de ejercer su defensa y aportar las pruebas que correspondan a su derecho.
7) A su vez, el acusado tiene el derecho a ser asistido por un abogado defensor.

Sin perjuicio de la caracterización anterior del debido proceso, sin duda correcta, debe señalarse que en la actualidad no parece que la Constitución consagre a texto expreso todos los componentes de este principio, aunque será necesario concluir en el rango constitucional de todos ellos con base en el artículo 72, y en la medida en que el debido proceso es una garantía inherente a la personalidad humana, o bien por formar parte del *bloque de los derechos humanos.*

Por tal motivo parece razonable encarar el análisis de este principio de debido proceso penal, siguiendo en líneas generales el desarrollo del Pacto de San José de Costa Rica (básicamente el artículo 8.º), y señalando en cada caso cuál es la solución constitucional, si la hay, o cuál es la que debe recibir reconocimiento constitucional con base en el artículo 72 de la Constitución.

En este punto pueden separarse ciertos componentes exclusivos, o básicamente exclusivos, del proceso penal y otros comunes a todo tipo de proceso. Entre los primeros cabe destacar los siguientes.

---

[39] José Korzeniak: *Derecho Constitucional 2º,* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1987, p. 98.

Dice el artículo 8.º del Pacto de San José:

> Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Es claro que esta norma abarca cualquier proceso. El juzgado o tribunal debe haber sido establecido con anterioridad, con lo que aparece una referencia a los juicios por comisión, o sea, a aquellos tribunales creados con la finalidad de juzgar por delitos ya cometidos. Este juicio por comisión está expresamente vedado por el artículo 19 de la Carta.

Todo sujeto tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Esta presunción de inocencia hasta tanto se pruebe lo contrario, tiene regulación constitucional parcial en el artículo 20 cuando prohíbe que los acusados sean tratados en las declaraciones o confesiones como reos.

La Convención refiere también a un derecho no establecido en la Constitución: el derecho del acusado a ser asistido gratuitamente por traductor o intérprete si no comprende o no habla el mismo idioma que el tribunal. No puede dudarse del rango constitucional de este derecho.

El Pacto de San José exige, además, la comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada. Si bien el artículo 22 de la Carta hace referencia a que todo juicio criminal empezará por acusación de parte o del acusador público, sin establecer la obligación de comunicar detalladamente su alcance al acusado, no se ha negado, ni puede negarse, rango constitucional a la garantía en análisis.

El acusado debe disponer de tiempo suficiente y de medios adecuados para preparar su defensa. El Pacto establece el derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor a su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor, pero al respecto debe tenerse presente que en la legislación nacional, por lo general, la práctica ha sido la de prohibir la autodefensa penal, imponiendo la obligación de que actúe un defensor, sea este elegido por el acusado o bien uno de oficio. Sin duda nos encontramos ante una norma contraria a la tradición nacional, pero no creo que esto sea suficiente para negarle su condición de derecho que compone la noción de debido proceso.

En caso de no elegir defensor el acusado o de no tener medios para pagarlo, el Estado debe proporcionarle gratuitamente uno. El artículo 16 de la Constitución prevé la presencia del defensor para la declaración del acusado, así como en todas las diligencias sumariales, aunque sin duda el derecho a la defensa es más amplio y así debe reconocerse.

También forma parte del concepto del debido proceso el derecho del acusado (a través de su defensor) a interrogar a los testigos presentes, así como a solicitar y obtener la citación de testigos y peritos que contribuyan a esclarecer los hechos.

Se reconoce también el derecho del acusado a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, a lo que se agrega la previsión del artículo 20 de la

Constitución en cuanto a la abolición de los juramentos de los acusados en sus declaraciones y confesiones.

La Constitución uruguaya veda en el artículo 21 el juicio penal en rebeldía y, a su vez, en el artículo 22 —parte final— prohíbe las pesquisas secretas durante la sustanciación del proceso penal.[40]

El condicionamiento de la pena al dictado de sentencia legal forma parte inseparable del debido proceso. El artículo 12 condiciona expresamente la procedencia de una pena o del confinamiento (que es establecer una restricción en la libertad ambulatoria de un sujeto, prohibiéndole por ejemplo salir de determinada zona) al proceso y a la sentencia legal.

Íntimamente vinculados con este concepto de *sentencia legal* aparecen los principios de que no hay delito ni pena sin ley previa que lo establezca, que refieren a la imposibilidad de que una ley que establezca un delito, su pena o torne más severa esta última tenga efecto retroactivo. También corresponde mencionar en este punto el principio *non bis in idem,* que implica que un individuo absuelto por sentencia firme no puede ser sometido nuevamente a juicio penal por los mismos hechos. A su vez, este artículo 12 implica la imposibilidad de que sanciones penales puedan ser impuestas por la autoridad administrativa.[41]

Pero además de lo anterior, que permite aproximarse a una noción general del debido proceso, existen elementos claros que exceden el proceso penal y que se aplican a todo tipo de proceso judicial. En efecto, el Pacto de San José hace referencia a un concepto de debido proceso más amplio, que abarca las materias civil, laboral, fiscal, etcétera. En este sentido cabe señalar:

1. El derecho a ser oído (el día ante el tribunal) por el tribunal competente, con todas las garantías del caso y en un plazo razonable. Surge de aquí un límite a la ley (que conforme al artículo 18 de la Carta es la que fija el orden y las formalidades de los juicios), en tanto no podrá ser desconocido ni menguado este derecho, y en especial deberá atenderse al plazo razonable.
2. El juez o tribunal debe ser independiente, lo que asegura la Carta mediante la adopción del principio de separación de poderes. Además, del artículo 239 y siguientes surge que los jueces, en cuanto al ejercicio de la función jurisdiccional que se les ha confiado, gozan de independencia aun frente a la Suprema Corte de Justicia, que no podrá impartir instrucciones en dicha materia. Así se asegura razonablemente la independencia del magistrado, que estará a salvo de presiones ajenas al Poder Judicial, o aun internas.
   De todas formas, uno de los criterios que se utilizan a veces para evaluar a los jueces de primera instancia y definir eventuales ascensos es el del número de

[40] Conforme el artículo 113 del Código de Proceso Penal uruguayo, el sumario es precedido de una instancia denominada *presumario* que, conforme a dicha norma, es de naturaleza "reservada". Mucho se ha discutido la constitucionalidad de esta reserva del presumario y se ha dudado de su compatibilidad con el artículo 22 de la Carta. La Corte se ha pronunciado sobre la regularidad constitucional de esta reserva en varias oportunidades (por ejemplo, en *La Justicia Uruguaya,* caso 11341).

[41] Justino Jiménez de Aréchaga: o. cit., tomo I, pp. 242 ss.

sentencias revocadas en segunda instancia. Este criterio, además de dudoso en cuanto a su justificación técnica, es perjudicial para la independencia del magistrado, ya que, indirectamente, puede afectar su independencia con la tendencia, consciente o inconsciente, a buscar la conformidad con el órgano de segunda instancia.

3. El juez, además, debe ser imparcial, y por lo tanto deberá excusarse de intervenir en cada caso concreto en que su imparcialidad esté afectada, y si no lo hace, el acusado podrá recurrir al instituto de la recusación para no ser juzgado por un juez que, por alguna causa, pueda no presentar la garantía de imparcialidad. La recusación no está establecida a texto expreso en la Carta, pero en tanto está íntimamente asociada a la exigencia de imparcialidad, debe reconocérsele rango constitucional.
4. Se destaca el obvio derecho a la igualdad de las partes en el proceso como elemento básico del debido proceso legal. No debe olvidarse tampoco el derecho a recibir, durante el proceso, un trato conforme con la dignidad de la persona humana.
5. Aun cuando pudiera dudarse de si está comprendida en el debido proceso o si es una consecuencia de él, debe mencionarse la responsabilidad por lo actuado, ya sea del juez (con responsabilidad directa sobre la base del artículo 23) o de todos los actuantes (fiscales, peritos, etcétera) según el artículo 25 de la Carta si son funcionarios públicos, o conforme al derecho común si no lo son. Y por supuesto que siempre estará la responsabilidad del Estado conforme al artículo 24 de la Constitución.
6. Para finalizar con este punto cabe mencionar, como garantía respecto a la regularidad del proceso, que este debe ser público (artículo 8, inciso 4, de la Convención Americana), así como el derecho de recurrir (lograr un segundo análisis) la sentencia.

7. Dos aspectos centrales

Sin perjuicio de que todos los componentes del *debido proceso* son relevantes, hay dos que resultan básicos. A saber:

1. ¿Ante quién debe cumplirse el debido proceso?
2. ¿Cuáles son las condiciones que debe presentar la autoridad decisora para poder cumplir con las pautas del debido proceso legal?

7.1. ¿Ante quién debe cumplirse el debido proceso?

Para aproximarse a la respuesta debe formularse una pregunta previa: ¿el legislador tiene discrecionalidad para determinar cuál es la sede, o ante qué autoridad puede sustanciarse el debido proceso, o está limitado por criterios constitucionales?

En mi opinión es muy claro que la ley carece de discrecionalidad a estos efectos, o, si se prefiere, que la discrecionalidad es muy limitada en la materia.

En los casos de controversia entre dos sujetos la sede competente para la solución no puede ser otra que el Poder Judicial. Esto no es más que la consecuencia lógica del principio de separación de poderes: a) quien establece las normas generales no las ejecuta ni resuelve los conflictos entre particulares con autoridad de cosa juzgada; b) quien ejecuta las normas generales no las establece ni resuelve los conflictos entre particulares con autoridad de cosa juzgada, y c) quienes resuelven los conflictos entre particulares con autoridad de cosa juzgada no establecen las reglas generales ni las ejecutan.

Cabe entonces preguntarse si la extensión de la competencia del Poder Judicial, lo que refiere a la jurisdicción propiamente dicha, tiene un alcance constitucional o si, por el contrario, la ley puede extenderla o limitarla según le plazca.

Analizando la Ley Fundamental de Bonn, Wolfgang Heyde,[42] en términos totalmente trasladables a nuestra Constitución, ha señalado:

> La Ley fundamental no solo ha colocado a la jurisdicción en el mismo plano que los otros poderes, sino que, en cierto modo, ha singularizado la judicatura de entre el sistema de los tres poderes sancionados […] La posición jurídica de los jueces, la organización de los tribunales y la configuración de los procesos judiciales son parte esencial del Estado de derecho. Solo la existencia de tribunales imparciales, independientes, puede garantizar, en último término, el respeto a las leyes y el imperio de la justicia. Por esta razón, el Tribunal Constitucional ha señalado una vez más que el postulado del Estado de derecho exige una práctica jurídica concorde con su función […] En la entretanto histórica configuración de la Ley Fundamental, el principio de separación de poderes comporta neutralidad judicial. En este sentido, es connatural a la actividad judicial que se ejerza por un tercero no involucrado, que se caracteriza por su independencia objetiva y personal. Nadie debe ser juez en sus propios asuntos. Ello supone, simultáneamente, que los tribunales están orgánicamente diferenciados de las autoridades administrativas: no es lícita una imbricación personal demasiado estrecha entre los órganos del poder judicial y del poder ejecutivo […] En el enunciado del artículo 92 GG, según el cual el poder judicial se confía a los jueces, *está contenida la disposición jurídico-positiva de que las tareas de la jurisdicción única y exclusivamente puedan ser desempeñadas por jueces. Nunca deberá el legislador ordinario remitir para ejecución a instancias distintas de los tribunales lo que por su contenido corresponda a la justicia. Por ello procede aclarar qué corresponde al tribunal, qué sea jurisdicción.*

Y continúa este autor señalando:

---

[42] E. Benda, W. Maihofer, J. Vogel, C. Hesse y W. Heyde: *Manual de derecho constitucional,* Madrid: Marcial Pons, 2.ª ed., 1996, pp. 767 ss.

> La precisión material acerca de lo que conceptualmente sea jurisdicción plantea, sin embargo, considerables dificultades. Ello se aprecia en la variedad de intentos de definición en la bibliografía. En general, apuntan a una caracterización material de la jurisdicción, pero acaban describiendo en parte no el concepto sino la función. Esto es válido, por ejemplo, para la clarificadora definición de Stern. Según él, la jurisdicción es el dictamen jurídico sobre casos en aplicación del derecho vigente y vía trámites especialmente reglados, que aboca a una decisión vinculante por un órgano estatal imparcial […] Hasta la fecha, la doctrina y la jurisdicción no han desarrollado, aparte de las áreas particularmente mencionadas y las expresas directrices a los jueces, criterios materiales reconocidos en general para las tareas propias de la jurisdicción. Tampoco proporciona ayuda en demasía la alusión a la seriedad de la intervención y a su importancia para la situación jurídica del ciudadano, que por su naturaleza requerían de garantía mediante un procedimiento judicial.

Asumiendo las dificultades evidentes para la determinación de la noción de jurisdicción en sentido material, puede intentarse, como he hecho en el pasado,[43] un análisis tendiente a descubrir cuáles son las características o los elementos que surgen de la Carta uruguaya para determinar qué es la jurisdicción. Y en este sentido es posible realizar algunas comprobaciones con base en el texto constitucional vigente.

7.1.1. Primera constatación

Surge de la Constitución la clara actuación del juez como garante de la libertad física de los individuos. Esto se desprende del artículo 15, que requiere, para que pueda procederse al arresto de una persona, infraganti delito o la existencia de semiplena prueba y "orden escrita de juez competente"; del artículo 16, que establece la obligación del juez de tomar declaración al arrestado dentro de las veinticuatro horas siguientes al arresto y la obligación de que comience el sumario (el proceso penal) dentro de las cuarenta y ocho horas; del artículo 17, que regula el recurso de hábeas corpus; del artículo 27, que faculta al juez a disponer la libertad bajo fianza del detenido, etcétera.

También se requiere orden del juez (y solo se podrá expedirla en los casos previstos por la ley) para proceder a un allanamiento del domicilio (hogar) de un individuo (artículo 11).

Respecto a la Suprema Corte de Justicia hay atribuciones jurisdiccionales expresas: a) declarar la inconstitucionalidad de las leyes y de los decretos de los gobiernos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción (artículos 256 ss.), y b) las que surgen del numeral 1.º del artículo 239 de la Carta: juzgar a todos los infractores de la Constitución, sin excepción alguna; sobre delitos contra el derecho de gentes y causas de almirantazgo; en las cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros

[43] Me remito a *Derecho constitucional,* 2.ª ed. act., Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006, capítulo XX.

estados; conocer en las causas de diplomáticos acreditados en la república, en los casos previstos por el derecho internacional.

Es evidente que lo anterior permite realizar una primera aproximación al concepto constitucional de *jurisdicción,* ya que los casos mencionados se encuentran incuestionablemente reservados a los jueces conforme la Carta uruguaya.

7.1.2. Segunda constatación

De la constatación anterior se desprende un cierto criterio constitucional en cuanto a que la competencia exclusiva del Poder Judicial alcanza a una serie de tareas tradicionalmente importantes que, debido a la severidad de la intervención y a su importancia para la situación jurídica del individuo, en mayor medida precisan de las garantías de un proceso judicial. Advertimos un *parámetro de intensidad* que permite continuar la aproximación a la noción de jurisdicción para la Constitución.

7.1.3. Tercera constatación

Pero especialmente, hay que reparar en el artículo 12, que, sin perjuicio de referirse a la libertad física de las personas, tiene clara incidencia en el tema en análisis. El artículo 12 establece que "nadie será penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal". Sobre esta disposición deben formularse algunos comentarios.

La mención a *forma de proceso* ha sido interpretada siempre como una referencia clara a la noción de *debido proceso*, lo que presupone la participación del Poder Judicial, y esto, a su vez, es confirmado con la referencia a la *sentencia legal* y otras disposiciones constitucionales ya citadas.

La noción de *pena* plantea algunos problemas, ya que es sabido que puede hablarse al menos de tres tipos de sanciones: penales, civiles y administrativas. La doctrina no ha sido unánime ni clara a la hora de distinguir las sanciones penales de las administrativas, e incluso algunos autores han sostenido la inexistencia de diferencias de fondo entre unas y otras. Pero es claro que, pese a las dificultades, es necesario encontrar un criterio diferencial en la materia. En la Constitución encontramos referencias claras a ciertas *penas,* algunas permitidas[44] y otras prohibidas.[45] Las primeras pueden ser aplicadas solo por un juez; las segundas, por ninguna autoridad de la República.

Sin embargo, también la historia nacional y la actualidad presentan casos de normas legales que establecen verdaderas penas pero que, escondiéndolas bajo la apariencia de una sanción administrativa, se pretende, en forma inconstitucional, que sean aplicadas por una autoridad administrativa. Es el caso de la expulsión de un individuo

[44] Penitenciaría y prisión (artículos 27 y 80), inhabilitación para ocupar cualquier empleo público (artículo 77, numeral 4), destierro e inhabilitación para el ejercicio de los derechos políticos (artículo 80, numeral 5), confinamiento (artículo 12), y confiscación de bienes por motivos no políticos (que se desprende del artículo 14).

[45] Muerte, prisión perpetua, confiscación de bienes por motivos políticos, prisión por deudas, mortificación del penado.

de territorio nacional dispuesta por el Poder Ejecutivo, que lo considera indeseable,[46] y la sanción de inhabilitación del artículo 23 del decreto-ley 15322.[47] En ambos casos estamos frente a penas encubiertas e inconstitucionales por eludir la actuación jurisdiccional y las garantías del debido proceso.

7.1.4. Cuarta constatación

Por último, saliendo de la problemática de las penas, parece claro que ciertas medidas excepcionalmente graves, de la mayor intensidad sobre un sujeto de derecho, deben ser establecidas por ley y aplicadas bajo la forma del debido proceso judicial, esto es, en sede judicial.

Veamos algunos casos. La determinación de un tributo cuenta con tres etapas bien nítidas: a) la norma legal, que es la única que en forma clara puede establecer el tributo y dar las bases precisas para su liquidación; b) la liquidación en un caso concreto, que no refiere a determinar la intensidad del tributo, sino solo a trasladar los criterios legales a una situación particular, y c) la solución de eventuales controversias a cargo del Poder Judicial o del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Otro caso es el de las sanciones administrativas. En esta hipótesis un sujeto ha realizado un acto, un hecho o una omisión incluido entre los comportamientos definidos como ilícitos por el derecho vigente. En este caso corresponde que se le aplique una sanción que debe estar claramente determinada en cuanto a su intensidad, su monto y sus alcances en el derecho objetivo. Por supuesto que se excluyen de la potestad administrativa de aplicar sanciones: a) las faltas administrativas que encubren un delito (como ya fue analizado), y b) ciertas sanciones de inusual gravedad, como la clausura de un establecimiento comercial por la Dirección General Impositiva, en cuyo caso se requiere la intervención jurisdiccional.

7.1.5. Inconstitucionalidad de la imposición del procedimiento arbitral en lugar del Poder Judicial

¿Es el procedimiento arbitral una vía idónea para cumplir con la garantía del debido proceso o se está eludiendo la sede judicial, que es la natural y la constitucionalmente correcta? En Uruguay siempre se ha aceptado que la competencia jurisdiccional, en tanto aptitud para resolver los conflictos, corresponde a la Suprema Corte, los tribunales de apelaciones y juzgados, conforme el artículo 233 de la Constitución. Esto

---

[46] Al respecto, Daniel Ochs: "Un caso reciente de aplicación de la ley de indeseables", en *Revista de Derecho Público*, n.º 6, Montevideo, 1994. Luis Arcos Ferrand: "La constitucionalidad de las facultades del Consejo de Ministros en materia de deportación de indeseables", en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración,* tomo 37.

[47] Carlos Delpiazzo: "Las potestades del Banco Central del Uruguay", en *Estudios jurídicos en memoria del Dr. Alberto Ramón Real,* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, p. 227. También Aníbal Cagnoni: "¿Penas en vía administrativa? El artículo 23 del decreto-ley 15.323", en *Revista de Derecho Público*, n.º 13, 1998, p. 171 ss.

significa que todos tenemos un derecho constitucional implícito a que nuestras diferencias se ventilen ante dicho poder de gobierno.

Por supuesto que nadie ha objetado la pertinencia de los procedimientos arbitrales, que incluso están regulados en el Código General del Proceso, pero en la medida en que la ley —salvo habilitación constitucional expresa— no es idónea para limitar la competencia del Poder Judicial (extrayendo casos de su órbita para conferirlos a una autoridad distinta) ni para limitar el derecho de todo sujeto de derecho a buscar el amparo del juez, los arbitrajes son solo aceptables cuando las partes los han acordado (voluntariamente, valga la redundancia). En otras palabras, la ley no puede *imponer* que ciertos casos se elucidarán por la vía del arbitraje, vaciando de contenido la función jurisdiccional y la propia competencia del Poder Judicial.

Lo anterior siempre ha sido unánimemente aceptado en el Uruguay. Basta recordar el célebre trabajo de Alberto Ramón Real, "La función jurisdiccional es privativa del Poder Judicial salvo excepciones constitucionales expresas",[48] para descartar toda argumentación en contrario.

En efecto, la Constitución contiene excepciones expresas —por ende, de interpretación estricta— al principio general recordado por Real. A mero título de ejemplo pueden mencionarse el juicio político, las competencias jurisdiccionales de la Corte Electoral o las competencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Pero más allá de las excepciones constitucionales expresas no puede imponerse la solución de los conflictos fuera del Poder Judicial, salvo acuerdo de partes.

Sagüés ha analizado también el concepto de *juez natural* y rechaza la sustracción de competencia del Poder Judicial para otorgar competencia a jueces no naturales,[49] ajenos al sistema orgánico. El Tribunal Constitucional alemán, por su parte, ha analizado la noción del *juez legítimo* para definir la impropiedad de que, aun dentro del sistema judicial, actúe un juez que no es aquel al que legítimamente le corresponde el asunto.[50]

También la Corte Interamericana ha reflexionado sobre la normas internas que impiden el acceso a los jueces del Poder Judicial (jueces naturales) y, por ejemplo, en el caso *Cantos contra Argentina* señaló:

> […] cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención.[51]

Asimismo ha señalado que debe utilizarse un criterio restrictivo para entender la noción de *otras autoridades* que puedan ejercer la función jurisdiccional.[52] Esto

---

[48] En *La Justicia Uruguaya*, tomo XVII, pp. 47 ss.

[49] Néstor Sagüés: *Elementos…*, o. cit., tomo 2, pp. 642 ss.

[50] Jürgen Schwabe: o. cit., pp. 514 ss.

[51] César Landa Arroyo (comp.): *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Lima: Palestra, 2005, pp. 802 ss.

[52] Ibídem, p. 1240 ss. Caso *Tibi contra Ecuador.*

último se refiere a situaciones que no existen en Uruguay, las cuales pueden asegurar la existencia de jueces en todo el territorio todos los días del año.

7.2. ¿Cuáles son las condiciones que debe presentar la autoridad decisora para poder cumplir con las pautas del debido proceso legal?

La respuesta a esta interrogante es extraordinariamente sencilla. La autoridad decisora, que resuelve la controversia, debe ser imparcial. Esto se asocia lógicamente con la noción de independencia, ya que poca imparcialidad podrá haber si el decisor está de alguna forma vinculado a alguna de las partes en el proceso.

La imparcialidad, garantía inequívoca del debido proceso, se garantiza con una serie de elementos (el principio de separación de poderes para salvaguardar al juez de posibles injerencias de los poderes políticos; la estabilidad de los magistrados judiciales, que no deben temer represalias o consecuencias negativas por sus sentencias; garantías de independencia aun dentro del propio sistema orgánico judicial, conforme a las cuales no pueden los órganos jerarcas, ni siquiera la Suprema Corte, dar instrucciones a un juez en cuanto a cómo debe actuar en el ejercicio de su competencia jurisdiccional; etcétera), y cuando la imparcialidad se viola aparece el ya mencionado instituto de la recusación.

Pero, siendo tan importante esta garantía de imparcialidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha delimitado claramente sus alcances. Así, refiriendo a la imparcialidad que no dan los tribunales militares para juzgar a los militares, se ha señalado que estos no acreditan imparcialidad por la forma de designación de sus miembros, ya que puede existir una suerte de coacción sobre los jueces militares por el riesgo de no volver a ser designados o sufrir otros perjuicios.[53] Me permito agregar que basta con que exista esta posibilidad para que el requisito de imparcialidad no se cumpla. Esta hipótesis es imposible dentro del Poder Judicial, salvo en casos en que sea parte el propio Poder Judicial, lo que requiere de otras garantías que no corresponde analizar en este momento.

8. ¿Cuáles son las garantías de fondo que requiere la noción de debido proceso?

Si bien en Uruguay no ha sido frecuente la expresión *debido proceso sustantivo,* creo que esta es casi una consecuencia obvia del debido proceso instrumental y puede admitirse sin dificultades con rango constitucional. Esto es, la sentencia a dictarse para solucionar una controversia, además de respetar las garantías formales, deberá cumplir con las condiciones sustantivas del debido proceso, y deberá basarse en elementos

[53] César Landa Arroyo (comp.): o. cit., pp. 401 ss. Caso *Cantoral Benavides contra Perú.* Y similar criterio se sostuvo en los casos *19 comerciantes contra Colombia* y en *Castillo contra Perú,* rechazando por el mismo motivo la pretendida imparcialidad de tribunales militares para juzgar a sus miembros. Ibídem, pp. 822 ss., 438 ss.

objetivos, acreditados suficientemente y que puedan sortear satisfactoriamente el juicio de razonabilidad y el juicio de proporcionalidad. Solo una decisión coherente con el valor justicia, razonable (por oposición a arbitraria) y conforme el principio de proporcionalidad (por oposición a desproporcionada o excesiva) podrá ser admitida como decisión constitucionalmente válida en el marco de un debido proceso.

9. Conclusiones

El debido proceso, con cerca de ocho siglos de desarrollo, aparece en nuestros días como una de las garantías básicas de los derechos humanos. Desde un origen en que la preocupación central estaba orientada hacia las garantías de la libertad física y propiedad, hoy abarca a todos los derechos humanos sin excepción alguna.

Si bien nadie discute la importancia de este principio, ni podría discutirla, se aprecia que muchas veces se pierde la perspectiva y se termina desnaturalizándolo o prescindiendo de algunos de sus componentes básicos, transformando la garantía en una farsa meramente formal que encubre inadmisibles violaciones de los derechos.

Las carencias del proceso penal uruguayo son sin duda insostenibles. Lo mismo ocurre con retrocesos evidentes en el debido proceso en sede administrativa, donde la protección y las garantías de los administrados y funcionarios cada vez se ven más recortadas con base en nociones como el interés público, el interés de la Administración, la eficacia y la eficiencia.

Por su parte, y sumado a lo anterior, es inaceptable que se pretenda a veces prescindir del valor justicia y se olviden los principios de razonabilidad y proporcionalidad, tanto para los actos del propio proceso como para su resultado. Únicamente podremos hablar de debido proceso cuando este y su resultado (la sentencia) sean compatibles con el valor justicia, con la razonabilidad y la proporcionalidad.

El debido proceso es una de las garantías de los derechos más antiguas, y, pese a su prestigiosa historia, al igual que a veces ocurre con el sabio principio de separación de poderes, muchas veces se olvida o malinterpreta. Sin duda la protección de los derechos humanos pasa, entre otras cosas, por una reafirmación en la realidad, en lo sustancial, en la vida diaria, de este principio.

Bibliografía

Arcos Ferrand, Luis: "La constitucionalidad de las facultades del Consejo de Ministro en materia de deportación de indeseables", en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, tomo 37.

Benda, E., W. Maihofer, J. Vogel, C. Hesse y W. Heyde: *Manual de derecho constitucional,* Madrid: Marcial Pons, 2.ª ed., 1996.

Bianchi, Alberto B.: *Dinámica del Estado de derecho. La seguridad jurídica ante las emergencias*, Buenos Aires: Ábaco, 1996.

Cagnoni, Aníbal: "¿Penas en vía administrativa? El artículo 23 del decreto-ley 15.323", en *Revista de Derecho Público*, n.º 13, 1998.

Cajarville Peluffo, Juan P.: "Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya", en *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996.

Chemerinsky, Erwin: *Constitutional Law. Principles and policies,* Nueva York: Aspen, 3.ª ed., 2006.

Couture, Eduardo J.: *Estudios de derecho procesal civil,* t. 1, Buenos Aires: Depalma, reimp. 1998 (1948).

Delpiazzo, Carlos: "Las potestades del Banco Central del Uruguay", en *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996.

Díaz Revorio, Francisco: *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* Lima: Palestra, 2004.

García Belaunde, Domingo: *Derecho procesal constitucional*, Bogotá: Temis, 2001.

Ides, Allan, y Christopher May: *Constitutional Law. Individual Rights,* Nueva York: Aspen, 4.ª ed., 2007.

Jiménez de Aréchaga, Justino: *La Constitución nacional,* t. I, Montevideo: Cámara de Senadores, 1992.

Korzeniak, José: *Derecho constitucional 2.º,* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1987.

Landa Arroyo, César (comp.): *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Lima: Palestra, 2005.

Ochs, Daniel: "Un caso reciente de aplicación de la ley de indeseables", en *Revista de Derecho Público*, n.º 6, Montevideo, 1994.

Pierce, Richard J. jr, Sidney A. Shapiro y Paul R. Verkuil: *Administrative Law and Process,* Nueva York: Foundation Press, 5.ª ed., 2009.

Real, Alberto Ramón: "La función jurisdiccional es privativa del Poder Judicial salvo excepciones constitucionales expresas", en *LJU*, t. XVII.

Risso Ferrand, Martín: *Algunas garantías básicas de los derechos humanos,* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008, capítulo I.

— "La Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Constitución uruguaya", en *Derechos humanos*, Montevideo: Amalio Fernández, 1999.

— *Derecho constitucional,* t. I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2.ª ed. act. y amp., 2006.
— "Instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y el artículo 72 de la Constitución", en *Quinto Coloquio de Derecho Público*, Montevideo: Editorial Universidad.
Sagüés, Néstor P.: *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos,* Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 2006.
— *Elementos de derecho constitucional,* Buenos Aires: Astrea, 1997, 2.ª ed. act. y amp., t. II.
— *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario,* Buenos Aires: Astrea, 2002.
Schwabe, Jürgen: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán,* Bogotá: Fundación Honrad Adenauer, 2009.
Serrano Geyls, Raúl: *Derecho constitucional de Estados Unidos y Puerto Rico,* vol. II, Puerto Rico: Universidad Interamericana de Puerto Rico, Facultad de Derecho, Programa de Educación Continua, 2.ª reimp., 2003.
Stone, Geoffrey R., Louis Michael Seidman, Cass R. Sunstein, Mark V. Tushnet y Pamela S. Karlan: *Constitutional Law*, Nueva York: Aspen, 2005.
Sullivan, Kathleen M., y Gerald Gunther: *Constitutional Law,* Nueva York: Foundation Press y Thomson West, 5.ª ed., 2004.

II. Derecho procesal constitucional

- Oscar G. Barrientos Jiménez (Bolivia)
  El diseño de la justicia constitucional plurinacional: sugerencias para la implementación del Código de Procedimientos Constitucionales

- Víctor Bazán (Argentina)
  Perspectivas del control jurisdiccional sobre las omisiones inconstitucionales en Argentina

- Délton Winter de Carvalho (Brasil)
  Legitimação e instâncias constitucionais para o gerenciamento dos riscos ambientais no ordenamento jurídico brasileiro

- Francine Machado de Paula (Brasil)
  A inconstitucionalidade do exame criminológico como requisito para a concessão da progressão de regime prisional

- César Landa (Perú)
  El proceso de amparo en América Latina

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, PP. 141-156, ISSN 1510-4974

Oscar G. Barrientos Jiménez (Bolivia)*

El diseño de la justicia constitucional plurinacional: sugerencias para la implementación del Código de Procedimientos Constitucionales**

RESUMEN

La presente investigación intenta abordar un análisis crítico sobre algunas omisiones detectadas en la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, más concretamente en sus procesos constitucionales. Se pretende también, a partir de cada omisión detectada, plantear algunas sugerencias con base en la doctrina y los procesos constitucionales que rigen en la legislación comparada, tarea emprendida con la única finalidad de brindar sugerencias para el desarrollo del Código de Procedimientos Constitucionales, en cuya redacción, por el plazo perentorio establecido en la propia normativa analizada, debería comenzar a trabajarse. Se tratará de un código específico de procedimientos constitucionales que se convertirá en la segunda normativa concreta sobre justicia constitucional que regirá a escala nacional en un país de América del Sur.

Palabras clave: proceso constitucional, tribunales constitucionales, jurisdicción constitucional, control de constitucionalidad, protección de los derechos fundamentales, Constitución política, Bolivia.

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Untersuchung beabsichtigt eine kritische Analyse einiger im Gesetz über das plurinationale Verfassungsgericht, und zwar konkret zum Thema der Verfassungsprozesse festgestellter Versäumnisse. Weiterhin nimmt sie sich vor, für jedes festgestellte Versäumnis eigene Vorschläge auf der Grundlage der Rechtsdoktrin und der Rechtsvergleichung zur Frage der Verfassungsprozesse zu unterbreiten, deren einzige Absicht es ist, einen Beitrag zur Verfassungsprozessordnung zu leisten, mit deren Abfassung aufgrund der in dem untersuchten Gesetz verpflichtend festgelegten Fristen begonnen werden müsste. Vorgesehen ist eine spezielle Ordnung zur Durchführung verfassungsgerichtlicher Verfahren, die die zweite konkrete Regelung über die Verfassungsgerichtsbarkeit mit landesweiter Geltung in einem südamerikanischen Land wäre.

* Abogado UMSA. Diplomado en Educación Superior. Maestrante de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar. Secretario académico de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Aquino Bolivia (UDABOL).‹oscarinbarrientos@hotmail.com›.

** Dedico esta investigación a mi mentor y maestro en la ciencia del derecho constitucional, mi adorado y recordado hermano Carlos Barrientos Jiménez, quien guía mis pasos al lado de nuestro Supremo Creador.

Schlagwörter: Verfassungsprozess, Verfassungsgerichte, Verfassungsgerichtsbarkeit, Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit, Schutz der Grundrechte, Verfassung, Bolivien.

ABSTRACT

This paper is a critical analysis of some omissions in the law which creates the Plurinational Constitutional Court, specifically with respect to its constitutional proceedings. Some suggestions are made for each omission, based on the doctrine and the constitutional proceedings in force in other countries. My aim is to contribute to the development of the Code of Constitutional Procedure which, in view of the deadline established in the abovementioned law, should be prepared as soon as possible. This code, devoted specifically to constitutional procedure, will be the second national law of its kind in all of South America.

Keywords: constitutional procedure, constitutional courts, constitutional jurisdiction, constitutionality control, protection of fundamental rights, political Constitution, Bolivia.

1. Introducción

Bolivia, desde la reforma constitucional de 1994, adoptó un modelo de control constitucional *concentrado* o doctrinalmente denominado *europeo kelseniano*,[1] cuya principal característica es el ejercicio de la jurisdicción constitucional a través de un tribunal especializado e independiente de otros poderes del Estado: el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP). Este, por encargo constitucional, vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y garantías constitucionales.

2. Esencia y finalidad de los procesos constitucionales

2.1. Esencia de procesos constitucionales diseñados para la tutela de derechos constitucionales

- Son procesos sumarios, de ejecución inmediata dada la naturaleza del bien jurídico protegido.
- Su ámbito de protección abarca derechos con rango constitucional y derechos con rango supraconstitucional (*bloque de constitucionalidad*).
- Proporcionan al afectado una legitimación activa amplia.
- Están investidos del *principio de informalidad*.
- Vigentes aun en estados de excepción.

[1] La Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional n.º 027 fue promulgada y publicada el 6 de julio de 2010.

2.2. Finalidad de los procesos constitucionales diseñados para la tutela de derechos constitucionales

- Tutela de derechos y garantías constitucionales ante amenaza o violación de derechos con rango constitucional o supraconstitucional.
- Reposición de las cosas al estado anterior de la amenaza o violación de tales derechos.
- Acceso a la justicia constitucional a través de un recurso sencillo, rápido y efectivo.
- Cumplimiento de disposiciones legales o actos administrativos cuya inacción implique violación de tales derechos.

2.3. Esencia de procesos constitucionales diseñados para el control normativo

Son procesos constitucionales especialmente diseñados para la abrogación, derogación o inaplicación por el TCP de normas contrarias a una contrastación e interpretación desde la Constitución y conforme a ella.

2.4. Finalidad de procesos constitucionales diseñados para el control normativo

- Garantizar la *supremacía* de la Constitución.
- Garantizar la *separación de poderes*.
- Garantizar un *Estado de derecho constitucional*.

3. Omisiones inherentes a los procesos constitucionales en la LTCP

La Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (a partir de ahora LTCP) presenta importantes omisiones en los procesos constitucionales, aspecto que pasamos a abordar.

3.1 Ausencia de principios técnicos fundamentales

El legislador omitió incluir principios técnicos fundamentales que mencionamos a continuación.

a. Principio *pro libertatis:* Este principio busca garantizar por parte del juez constitucional la interpretación más favorable a la tutela de los derechos fundamentales cuando se presente un conflicto constitucional.
b. Principio *pro actione*: "Este principio suele conocerse con el nombre de principio pro accione o principio favor processum. Este principio consiste en la

facultad que tiene el juez de decidir a favor de la admisión de la demanda o de la continuación del proceso, en aquellos casos en los que tenga una duda razonable respecto de si se está ante un caso de improcedencia de la demanda o de conclusión del proceso."[2]

c. Principio de *separación de funciones*: "Este principio fundamental, conocido también en la doctrina clásica como el principio de la división de poderes, implica la distribución de competencias y potestades entre diversos órganos estatales para el ejercicio del poder, de manera que esa distribución se constituya en una limitación para cada órgano de poder, el que solo podrá ejercer las potestades que forman parte de su competencia".[3]
d. Principio *de jerarquía normativa*: "El principio de jerarquía normativa consiste en que la estructura jurídica de un Estado se basa en criterios de grados y niveles jerárquicos que se establecen en función de sus órganos emisores, su importancia y el sentido funcional. Significa que se constituye una pirámide jurídica en la que el primer lugar o la cima lo ocupa la Constitución como principio y fundamento de las demás normas jurídicas".[4]

3.2. Imprecisa redacción de la subsidiaridad en el proceso de amparo constitucional

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 25.º, disposición primera, proclama:

> Artículo 25.- Protección Judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso *sencillo* y *rápido* o a cualquier otro recurso *efectivo* ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. [cursivas añadidas].

De la lectura atenta sobre lo apuntado en la norma convencional concluimos que por la esencia y finalidad de los procesos constitucionales destinados a la protección de los derechos y garantías fundamentales el Estado boliviano tiene la obligación de garantizar un recurso sencillo (libre de formalidades), rápido (que la tutela sea inmediata dada la naturaleza del bien jurídico protegido) y efectivo (que permita de manera práctica y real el cese de la amenaza o conculcación del derecho). En este sentido, si analizamos lo que establece el artículo 76.º de la LTCP al disponer taxativamente que la acción de amparo no procederá cuando exista otro *medio* o *recurso legal* para la

[2] Luis Castillo Córdova: *Comentarios al Código Procesal Constitucional,* Lima: ARA, 2004, p. 131.
[3] José Antonio Rivera Santiváñez: *Temas de derecho procesal constitucional*, Santa Cruz de la Sierra: Kipus, 2007, p. 241.
[4] Ibídem.

protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados, entonces nos preguntamos: ¿existirá otro medio o recurso legal fuera de la acción de amparo constitucional que brinde los elementos de sencillez, rapidez y efectividad para la tutela efectiva de los derechos constitucionales? Creemos que la respuesta es negativa ya que ningún recurso ordinario o medio tiene tales elementos, más aún si tomamos en cuenta que los recursos judiciales ordinarios o los recursos administrativos no tienen ni como finalidad ni como esencia la tutela de derechos y garantías constitucionales, aspectos inherentes solamente a la justicia constitucional.

Pero para continuar con este análisis es bueno anotar lo que establece el artículo 74.º de la LTCP sobre las causales de improcedencia del amparo:

> La acción de amparo no procederá:
>
> 1. Contra las Resoluciones cuya ejecución estuviere suspendida por efecto de algún medio de defensa o recurso ordinario o extraordinario interpuesto con anterioridad por el recurrente, y en cuya virtud pudieran ser revisadas, modificadas, revocadas o anuladas.
> 2. Cuando se hubiere interpuesto anteriormente una acción constitucional con identidad de sujeto, objeto y causa, y contra los actos consentidos libre y expresamente o cuando hubieren cesado los efectos del acto reclamado.
> 3. Contra las resoluciones judiciales que por cualquier otro recurso, puedan ser modificadas o suprimidas, aun cuando no se haya hecho uso oportuno de dicho recurso.
> 4. Cuando los derechos o garantías vulnerados puedan ser tutelados por la Acción de Libertad, Protección de Privacidad, Popular o de Cumplimiento.
> 5. Cuando haya transcurrido el plazo para interponerlo.

Si bien las disposiciones transcritas son claras y concretas, en la primera y tercera causal de improcedencia el legislador no toma en cuenta que cuando se trata de acciones u omisiones que vulneran derechos constitucionales generalmente el acto está consumado y los supuestos recursos ordinarios, sean judiciales o administrativos, por lo general no garantizan, por lo menos de manera inmediata, una revisión, modificación, revocación o anulación de tales acciones violatorias de derechos constitucionales. Es más, consideramos que no existe un recurso extraordinario aparte del propio recurso de amparo para lograr tales efectos, por lo que la redacción es imprecisa y va en contra del principio *pro libertatis*, ya que si, verbigracia, en sede administrativa se interpuso un recurso de revocatoria por la emisión de una resolución administrativa que no respetó un derecho fundamental como el debido proceso, se tendrá necesariamente que esperar primero el pronunciamiento del órgano administrativo, para luego interponer el recurso jerárquico y esperar nuevamente el pronunciamiento del órgano administrativo, para recién interponer el recurso de amparo constitucional, lo cual es atentatorio a la garantía de tutela judicial efectiva y al acceso a un recurso sumario, rápido, efectivo, y lo mismo ocurre en sede judicial ordinaria, cuya tramitación de los distintos recursos tiende a demorar meses.

En este sentido, coincidimos plenamente con el profesor Luis Castillo Córdova cuando acertadamente apunta:

> No se puede obligar a quien se le ha afectado su derecho constitucional a optar por un mecanismo de protección distinto al que le ha previsto la misma constitución. Será inconstitucional la norma que obligue a ello. Eso es lo que está ocurriendo cuando se dice al agraviado a través del artículo 5.2. CP que debe acudir a la vía judicial ordinaria para conseguir la salvación de su derecho constitucional, y no a la vía procesal constitucional. En estos casos, el único modo de que sea constitucional el acceso al procedimiento constitucional ordinario por parte del perjudicado en su derecho constitucional, será si él decide libremente acudir a él y no a este. Lo que está prohibido es obligarle.[5]

Ahora bien, si lo que se pretende es lograr que el proceso de amparo sea residual y subsidiario para evitar su desnaturalización sin vulnerar el derecho a una tutela judicial efectiva, ni el acceso a un recurso sumario, rápido, efectivo, al momento de su interposición, de manera concordante con el profesor Castillo creemos oportuno exigir la acreditación de tres elementos:

> 1. Que esté debidamente acreditado que el acto discutido es un acto que agrede el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental invocado.
> 2. Que no exista duda acerca de la titularidad del derecho fundamental.
> 3. Que esté indubitablemente acreditado el acto agresor del derecho constitucional.[6]

Nosotros sugerirnos dos elementos más:

> 4. "Obligación imperativa en sede judicial ordinaria y en sede administrativa de diferenciar recursos que soliciten tutela por violaciones a derechos fundamentales, con recursos ordinarios que no tengan como fundamento la conculcación de tales derechos bajo pena de sanción y/o destitución si la lesión se materializa o se vuelve irreparable".
> 5. "Rechazo *in limine*, cuando examinados que sean los antecedentes, se constate en forma manifiesta que la acción tiene por objeto la dilación del proceso, con multa al accionante".[7]

---

[5] Castillo Córdova: o. cit., p. 184.

[6] Ibídem, p. 189 (elementos no enumerados en el texto original).

[7] Similar disposición se encuentra en la Ley sobre Justicia Constitucional de Honduras, artículo 46.º, inciso 9, publicada en el *Diario Oficial La Gaceta* n.º 30.792, del 30 de agosto del 2004, ‹http://www.poderjudicial.gob.hn/NR/rdonlyres/E3AA256D-FC8A-4397-91FB 8F41558A1581/1132/LeySobreJusticiaConstitucional.pdf› (3/9/2010).

Aplicando rigurosamente estos cinco elementos evitaríamos que demandas de amparo interpuestas por violación de derechos y garantías constitucionales acreditadas sean declaradas improcedentes o rechazadas *in limine* por una aplicación discrecional del principio de subsidiaridad.

3.3. Ausencia de disposiciones expresas que regulen la mutación de la jurisprudencia

Las sentencias constitucionales tienen especiales características que constitucionalmente les han sido otorgadas, dada la naturaleza del bien jurídico que tutelan; en este sentido, toda sentencia constitucional que resuelva una controversia constitucional en el fondo debe contener la denominada *ratio decidendi* o *tragende Gründe*, que no es otra cosa que los fundamentos jurídicos del fallo, o, en palabras del profesor Humberto Nogueira Alcalá, "[e]s aquella parte de la fundamentación o argumentación que no podría ser modificada sin que la parte resolutiva de la sentencia cambiara".[8]

Es precisamente ese fundamento que adquiere la característica de ser un precedente vinculante y obligatorio para todos los poderes del Estado, incluido, como no podría ser de otra manera, para el propio TCP. Al respecto anota el profesor José Antonio Rivera Santibáñez: "[E]llo supone que aquellas consideraciones normativas en las que se consignan las normas adscritas o sub reglas creadas, extrayendo de las normas implícitas de la Constitución o integrando normas del bloque de constitucionalidad, tienen que ser aplicadas obligatoriamente, por el propio Tribunal Constitucional, por el resto de los órganos del poder público, por lo mismo, por los jueces y tribunales que forman parte del poder judicial, en la resolución de los futuros casos fácticos análogos".[9] En este entendido, las sentencias constitucionales crean jurisprudencia de aplicación obligatoria, por lo que consideramos fundamental establecer reglas expresas y concretas en el CPC que regulen los cambios y mutaciones de la jurisprudencia, para lo cual acudiremos nuevamente a lo que expone el profesor Rivera cuando sugiere criterios o *tests* más o menos similares a los que debe someterse todo cambio radical de jurisprudencia:

> 1) Que resulte evidentemente claro que el Tribunal o Corte y sus miembros no actúan de manera coyuntural, sometidos a fuertes presiones sociales o políticas; 2) que las razones jurídicas que sirvieron para afirmar una determinada doctrina haya demostrado su incompatibilidad con la comprensión actual del orden constitucional, porque, por ejemplo, el paso del tiempo los ha convertido en obsoletas o anacrónicas; 3) que exista un nuevo argumento que no hubiera sido discutido al momento de sentar la doctrina constitucional convertida en precedente y que éste resulte suficientemente convincente como para saldar las dudas sobre los verdaderos intereses del Tribunal o Corte; y 4) que el efecto benéfico del cambio

[8] Humberto Nogueira Alcalá: *Justicia y tribunales constitucionales en América del Sur,* Lima: Palestra, 2006, p. 363.

[9] Rivera Santiváñez: o. cit., p. 305.

> de doctrina constitucional sea nítidamente superior al daño —en términos de legitimidad de la Corporación y de seguridad jurídica— que produce el mencionado cambio. Se trata entonces, de un test fuerte que exige la demostración de razones imperiosas que, lejos de resolver una cuestión coyuntural, se proyectan en el horizonte constitucional como la mejor interpretación sostenible, para todos los casos posibles, de la Constitución Política del Estado.

Nosotros, sugerimos un elemento más:

> Que cualquier tribunal transitorio o comisión ad hoc que circunstancialmente ejerza la justicia constitucional, por motivos coyunturales y/o de emergencia tenga limites en cuanto a realizar cambios drásticos en la jurisprudencia, precisamente por su carácter temporal.

La doctrina más autorizada establece entre las características de los tribunales constitucionales que estos sean permanentes, dada la naturaleza de sus funciones; pero si se da el caso, como ocurre en Bolivia, de que la justicia constitucional sea ejercida por un tribunal transitorio, consideramos que este mínimamente debe respetar los lineamientos jurisprudenciales básicos, las reglas y subreglas construidas a lo largo de los años por los tribunales permanentes, tomando en cuenta básicamente que sus funciones son precisamente de naturaleza transitoria. En el mismo razonamiento, el profesor Humberto Nogueira Alcalá apunta:

> Los Tribunales Constitucionales son *órganos permanentes*, ya que su funcionamiento es de carácter continuo y estable dentro de los respectivos ordenamientos jurídicos, al igual que los tribunales ordinarios de justicia, no siendo ejercida su función por tribunales o comisiones *ad hoc* o de carácter transitorio.[10]

3.4. Ausencia de reconocimiento expreso de la justicia constitucional supranacional

Una justicia constitucional integral debe reconocer expresamente la competencia de la jurisdicción internacional o supranacional, toda vez que, como bien señala el profesor Humberto Nogueira Alcalá, "en materia de derechos fundamentales o humanos, los tribunales constitucionales no son la última palabra en la materia, esta es la Corte Interamericana de Derechos Humanos".[11] Por tanto, queda plenamente abierta la posibilidad de acudir en primera instancia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y por vía de la referida comisión ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) para lograr que prevalezcan los derechos de los más débiles por sobre el poderío y la arbitrariedad

[10] Nogueira Alacalá: o. cit., p. 83 (destacado en el original).
[11] Ídem, p. 351.

estatal, y el afectado puede invocar la tutela del derecho internacional de los derechos humanos (en adelante DIDH).

De lo anotado, argumentamos esta sugerencia para su implementación en el CPC exponiendo cuatro elementos que consideramos fundamentales:

3.4.1. Se ha mantenido en la Constitución la cláusula abierta o enunciativa

La cláusula abierta o enunciativa permite "declarar como derechos (constitucionales) a [otros] […]aunque no figuren expresamente en el Texto Fundamental […] Por tanto, cualquier enumeración de derechos contenida en la Constitución, debe entenderse como meramente enunciativa (*numerus apertus*), y no limitativa o taxativa. En consecuencia son igualmente constitucionales todos aquellos derechos que no estén enumerados expresa o explícitamente en el Texto Fundamental, en virtud de que implícitamente son tenidos como tales".[12]

En la misma línea, el TCP ha determinado, "En ese sentido, conforme a los fundamentos desarrollados en la SC 0006/2010-R de 6 de abril, partiendo del principio pro hómine, contenido en los artículos 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y 13.IV y 256 de la Constitución Política del Estado vigente (CPE), el juzgador debe aplicar aquellas reglas que resulten más favorables para la persona, su libertad y derechos, así como interpretar esas normas en sentido más amplio" (S. C. n.º 0579/2010-R de 12 de julio).

Al respecto de esta doctrina Rodrigo Uprimmy, citado por Guido Ibargüen Burgos,[13] señala:

> […] las constituciones no son códigos totalmente cerrados, ya que los textos constitucionales suelen hacer remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas y principios, que sin estar en la constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional en la medida en que la propia constitución establece que esas otras normas tienen una suerte de valor constitucional. Los casos más evidentes son aquellos ordenamientos en donde la constitución expresamente señala que, por ejemplo, ciertos tratados de derechos humanos tienen rango constitucional, tal y como lo hacen varias constituciones latinoamericanas. En otros eventos la referencia puede ser más compleja, como la llamada cláusula de los derechos innominados o no enumerados de la novena enmienda de la Constitución de Estados Unidos, según la cual, el reconocimiento de ciertos derechos en la constitución y en la carta de derechos no puede ser interpretados como una negación de aquellos que el pueblo se ha reservado.

---

[12] Carlos Ayala Corao: *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos,* San José (CR): IIDH, 1998, p. 47, citado por Guido Ibargüen Burgos: "Garantías para la protección de los derechos humanos: la recepción del derecho internacional", en *Derechos Humanos y Acción Defensorial,* n.º 2, 2007, p. 98.

[13] Ibídem.

En este sentido, la Constitución Política del Estado, en su artículo 13.II, reconoce expresamente la cláusula abierta cuando establece: "*Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados*" (cursivas añadidas).

3.4.2. Se ha incluido en la Constitución la cláusula declarativa

Nuestra Norma Fundamental ha dado un gran paso para la aplicación y el reconocimiento de la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos: es así que taxativamente reconoce la cláusula declarativa al señalar en su artículo 13-IV: "*Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno.* Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia" (cursivas añadidas).

3.4.3. Se ha incluido en la Constitución la cláusula de supraconstitucionalidad pura

La cláusula de supraconstitucionalidad pura implica que tales tratados y convenios de derechos humanos prevalecen incluso *por sobre la Constitución*, argumento que encuentra su sustento en el artículo 256.º de la Constitución, que proclama:

> I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, *se aplicarán de manera preferente sobre ésta*.
>
> II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables [cursivas añadidas].

3.4.4. La inadecuada tutela de derechos y garantías fundamentales por parte del TCP

Víctimas que acreditaron fehacientemente violaciones de sus derechos fundamentales por parte del Estado no siempre encontraron una tutela judicial efectiva en el TCP, y esto se da por diversos motivos. El principal a criterio nuestro son las *presiones políticas del Ejecutivo hacia el propio Tribunal*. Sin embargo, como ya hemos manifestado, queda siempre abierta la posibilidad de acudir a la jurisdicción internacional o supranacional para hacer prevalecer los derechos lesionados de los más débiles por sobre el poderío y la arbitrariedad estatal.

En este contexto, y sin ánimo de pretender desconocer el gran aporte del TCP en su rol de guardián y garante de la Constitución, es importante también referir de manera

objetiva algunos casos en los que el intérprete supremo y garante constitucional no ha impartido una tutela efectiva y protección inmediata de los derechos y garantías constitucionales. Es precisamente en este tipo de circunstancias que adquiere relevancia fundamental la protección del sistema interamericano de derechos humanos (en adelante SIDH).

De lo señalado y por razones de espacio, repasaremos solo dos casos que demuestran lo aseverado.

Sentencia constitucional n.º 044/2000-R, de 4 de julio[14]
(caso Enfermos terminales)

En el año 2000 la Defensoría del Pueblo presentó en un principio varios recursos de amparo constitucional con la finalidad de demandar la protección efectiva del derecho a la vida y a la salud de pacientes terminales con afecciones renales, toda vez que la Caja Nacional de Salud, en aplicación de los artículos 16.º y 17.º del Código de Seguridad Social y los artículos 39.º y 40.º de su decreto reglamentario, realizaba un corte de los servicios médicos y hospitalarios luego de transcurridas 52 semanas de realizadas las prestaciones, lo que sin lugar a dudas implicaba un serio atentado contra el derecho a la vida, por lo que el TCP declaró procedentes todos los recursos de amparo constitucional. Sin embargo, cuando la Defensoría consideró que era más práctico y seguro interponer un recurso directo y abstracto de inconstitucionalidad contra las disposiciones legales que atentaban contra el derecho a la vida de los pacientes con tales características, el TCP declaró la constitucionalidad de las normas impugnadas. El principal argumento de tal determinación se expone a continuación:

> […] el Estado ejecuta políticas públicas creando regímenes legales adecuados con estructuras orgánicas, presupuestaria y de gestión propias, que regulan los servicios, como el Sistema de Seguridad Social […] Tanto el indicado Código como su Reglamento fueron elaborados en el marco limitado del trabajador dependiente, salario, aportes y prestaciones con espacio y términos determinados, sobre la base de cálculos actuariales realizados periódicamente […] que permitan cubrir las diferentes contingencias de los asegurados y beneficiarios *sin que se pueda exceder las bases financieras calculadas* […]."[15] [cursivas añadidas].

Al respecto, es útil apuntar los comentarios de la exdefensora del pueblo doña Ana María Romero de Campero[16] sobre la fundamentación del TCP para declarar constitucionales tan insensibles disposiciones:

---

[14] Magistrado relator: Dr. Pablo Dermizaky Peredo.

[15] Sentencia constitucional n.º 044/2000-R, de 4 de julio de 2000, citada en: "El Defensor del Pueblo y el recurso abstracto de inconstitucionalidad", en *Derechos Humanos y Acción Defensorial,* n.º 2, 2007, pp. 194-195.

[16] Defensor del Pueblo: *Recursos constitucionales*, La Paz: Sagitario, 2003, pp. 6-7.

> Si bien el recurso que menciono seguidamente se encuentra entre los perdidos por el Defensor del Pueblo, es preciso hacer notar que éste fue el más importante presentado por nuestra institución: el recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad contra las previsiones del Código de Seguridad Social que disponen que en el caso de los enfermos terminales las prestaciones médicas se otorgan solo por el plazo de 52 semanas en total, sin importar que esta interrupción implique también la interrupción de la vida de las personas. El Tribunal Constitucional basó —inexplicablemente hasta hoy— su sentencia en la situación presupuestaria y actuarial del sistema de seguridad social
>
> Por otro lado, en esta materia, nos arriesgamos por los amparos constitucionales en cada caso de los enfermos de insuficiencia renal crónica que interrumpidos en sus sesiones de diálisis —imprescindibles para mantenerse con vida— veían como su derecho a vivir iba apagándose sin ninguna esperanza. El defensor del Pueblo gano todas las impugnaciones presentadas y no sentimos orgullosos de haber apostado por la vida de nuestros peticionarios —algunos muy jóvenes- que hoy por hoy no solo luchan por su propia vida sino por aquellos que están a punto de perderla por la burocracia insensible del sistema de seguridad social. Desde esta publicación expresamos nuestro reconocimiento a los ciudadanos y ciudadanas que padecen insuficiencia renal crónica que hemos representado en los recursos constitucionales interpuestos por ser ejemplos de lucha por la vida, especialmente a Wendaly Jemio.[17]

En la misma línea, el exadjunto primero del defensor del pueblo de España ha señalado:

> La suspensión del servicio de hemodiálisis por la Comisión Nacional de Prestaciones significa, en definitiva, que una instancia administrativa está a cargo de la decisión sobre la vida o la muerte de [un paciente], negándosele el derecho a recibir una prestación médica indispensable para su supervivencia sobre la base de una justificación fundamentada exclusivamente en el gasto, poniéndolo por encima del criterio de la necesidad de la prestación de la vida.
>
> Por esas mismas razones, no entendemos como no se ha decretado la inconstitucionalidad de los artículos 16 y 17 del Código de Seguridad Social, 39 y 40 de su Reglamento aprobado mediante decreto […] cuando son la aplicación de estas normas las causales directas de la lesión a los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social y, en definitiva, de la discriminación.[18]

Como la Defensoría no dejó de estar convencida de que la normativa aludida coarta el ejercicio de los derechos a la salud y a la vida de los pacientes que no tenían posibilidades de recuperación, en el 2001 inició gestiones dirigidas a su derogación por la

---

[17] Lamentablemente Wendaly Jemio falleció ante la inoportuna administración de las prestaciones médicas suspendidas.

[18] "El Defensor del Pueblo y el recurso abstracto de inconstitucionalidad", o. cit., p. 195.

vía de la reforma legislativa. Luego de cinco años de reuniones, cabildeos, reposición de trámites extraviados en el órgano legislativo, finalmente en el 2006 el Congreso Nacional sancionó la ley derogatoria de los artículos 16 y 17 del CSS y 29 y 40 de su reglamento. La ley 3005 fue promulgada por el presidente de la República el 23 de octubre del 2006.[19]

Sentencia constitucional N.º 1662/2003 - R, de 17 de noviembre[20]
(caso Objetor de conciencia)

Recurso de amparo constitucional interpuesto por la Defensoría del Pueblo en representación de Alfredo Díaz Bustos[21] contra el ministro de Defensa Nacional alegando la violación del derecho a la objeción de conciencia respecto al servicio militar obligatorio; en el presente caso el TCP declaró improcedente el recurso de amparo con el siguiente argumento central:

> Como se tiene referido en el punto III.1 de esta Sentencia, la objeción de conciencia no es un derecho fundamental autónomo sino un elemento o contenido esencial del derecho a la libertad de conciencia. En ese orden *no es un derecho de invocación directa*, lo que significa que *no puede exigirse directamente su cumplimiento*, por lo mismo su judicialización; pues requiere de una *expresa institucionalización en el ordenamiento jurídico del Estado*, toda vez que su aplicación plantea problemas prácticos complejos, por lo que se requiere de la adopción de una serie de medidas y previsiones.[22]

En este caso, acudimos nuevamente al profesor Guido Ibargüen Burgos, quien duramente crítica la referida sentencia al apuntar:

> Con esto, y en palabras más sencillas, el TC está diciendo que el derecho a la libertad de conciencia y religión y la objeción de conciencia son derechos fundamentales. Pero, dado que en Bolivia el ejercicio de la objeción de conciencia no está regulado, entonces "las personas en edad de prestar el servicio no pueden invocar dicho derecho como una excepción al servicio militar obligatorio". Surge entonces, ante esta aberración, la pregunta: ¿en qué queda el artículo 229 de la CPE que dice: "Los principios, garantías y derechos reconocidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio ni necesitan de reglamentación previa para su cumplimiento".
>
> De igual forma, el TC parece ignorar no solo el contenido del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, sino la propia

[19] Ibídem.
[20] Magistrado relator: Dr. José Antonio Rivera Santiváñez.
[21] Alfredo Díaz Bustos acreditó ser testigo de Jehová.
[22] Sentencia constitucional 1662/2003-R de 17 de noviembre de 2003, Tribunal Constitucional de Bolivia, § III.5 (destacado agregado).

jurisprudencia de los tribunales internacionales, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[23]

Ante esta situación, la Defensoría del Pueblo acudió al SIDH mediante nota de 30 de diciembre de 2003, cursada al Dr. Santiago Cantón, secretario ejecutivo de la CIDH, con las siguientes argumentaciones jurídicas relevantes:

> En la sentencia 1662/2003 - R el Tribunal Constitucional señala claramente que "en el sistema constitucional boliviano … al formar parte del ordenamiento jurídico las declaraciones, tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, *forman parte del catálogo de los derechos fundamentales los derechos a la libertad de conciencia, la libertad de religión y la libertad de cultos, de los cuales deriva la objeción de conciencia*".
>
> Si el Tribunal Constitucional está reconociendo que el derecho a la libertad de conciencia y religión contenido en los tratados internacionales de derechos humanos, en virtud al cual se ejerce la objeción de conciencia, *tiene carácter de derecho fundamental* en el ordenamiento constitucional, *resulta entonces incomprensible que exija para su ejercicio que la objeción de conciencia esté desarrollada o regulada en normas jurídicas secundarias.* El artículo 129 de la Constitución Política del Estado es muy claro: los derechos fundamentales no "*necesitan de reglamentación previa para su cumplimiento*"
>
> La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 en su artículo 27 (el derecho interno y la observancia de los tratados) señala que "[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Esta no es únicamente una disposición convencional, sino un principio general de derecho y una norma de costumbre internacional como lo ha entendido la propia Corte IDH al señalar que [s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su cumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia… Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
>
> Por lo tanto, el Tribunal Constitucional boliviano no puede, de manera alguna, alegar que la razón para no reconocerse la objeción de conciencia con relación al servicio militar obligatorio estriba en que el derecho interno boliviano no la reglamente a través de normas secundarias o no la reconoce. Este es, justamente, el supuesto que el DIDH y el derecho internacional general quieren evitar al sentar

[23] Guido Ibargüen Burgos: "Derecho internacional de los derechos humanos y Tribunal Constitucional: un repaso al caso boliviano", en *Revista Semestral del IIDH,* n.º 38, julio-diciembre 2003, p. 63.

> el principio general de *que no se puede invocar el derecho interno para eludir una obligación que nace del derecho internacional.*[24] [cursivas añadidas].

El reclamo es admitido en la CIDH mediante informe n.º 52/04 y finalmente mediante informe N.º 97/05 se resuelve el caso por solución amistosa. El Ministerio de Defensa Nacional se compromete a entregar la libreta de redención a Alfredo Díaz Bustos de manera gratuita, sin condicionar dicha entrega al pago del impuesto militar, y a la vez el referido ministerio se compromete a emitir una resolución ministerial que establezca que en caso de conflicto armado el ciudadano Alfredo Díaz Bustos, por su condición de objetor de conciencia, no será destinado al frente de batalla ni llamado como auxiliar. Asimismo, se ordena al Estado boliviano incluir en la legislación militar el derecho a la objeción de conciencia respecto al servicio militar.

4. Apuntes finales

De todo lo anotado, consideramos fundamental que nuestros legisladores tengan en cuenta al redactar el CPC que se trata de una norma cuya piedra angular es la protección de los derechos y garantías constitucionales. En este sentido, los mecanismos procedimentales que se diseñen deben ser los más favorables para consolidar este propósito, y es que una norma de tales características debe ser trabajada con anticipación. En el hermano país del Perú, desde las aulas universitarias, grandes constitucionalistas latinoamericanos como Domingo García Belaunde y Samuel Abad Yupanqui emprendieron el difícil reto de redactar el primer Código Procesal Constitucional; comprometidos y apasionados por su trabajo recogieron aportes e insumos incluso a través de internet, habilitando foros virtuales, mesas de debate, temas de análisis entre otros.

Consideramos imprescindible garantizar el reconocimiento expreso de la jurisdicción supranacional, ya que, como se demostró precedentemente, ante una tutela poco efectiva en sede nacional debe darse la posibilidad real de acudir ante el SIDH, lo que en ninguna circunstancia implica el desconocimiento de la soberanía.

---

[24] Defensor del Pueblo: *El Defensor del Pueblo y la protección de derechos humanos a través de recursos constitucionales*, La Paz: Oruro, 2.ª ed., 2007, p. 343 (puntos 47, 48, 50 y 51 de la referida nota).

Bibliografía

Castillo Córdova, Luis: *Comentarios al Código Procesal Constitucional,* Lima: ARA, 2004.

Defensor del Pueblo: *El Defensor del Pueblo y la protección de derechos humanos a través de recursos constitucionales*, La Paz: Oruro, 2.ª ed., 2007.

Defensor del Pueblo: *Recursos constitucionales*, La Paz: Sagitario, 2003.

"El Defensor del Pueblo y el recurso abstracto de inconstitucionalidad", en *Derechos humanos y acción defensorial,* n.º 2, 2007.

Ibargüen Burgos, Guido: "Derecho internacional de los derechos humanos y Tribunal Constitucional: un repaso al caso boliviano", en *Revista Semestral del IIDH,* n.º 38, julio-diciembre 2003.

— "Garantías para la protección de los derechos humanos: la recepción del derecho internacional", en *Derechos humanos y acción defensorial,* n.º 2, 2007.

Nogueira Alcalá, Humberto: *Justicia y tribunales constitucionales en América del Sur,* Lima: Palestra, 2006, 1ra. ed.

Rivera Santiváñez, José Antonio: *Temas de derecho procesal constitucional*, Santa Cruz de la Sierra: Kipus, 2007.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, PP. 157-187, ISSN 1510-4974

Víctor Bazán (Argentina)*

Perspectivas del control jurisdiccional sobre las omisiones inconstitucionales en Argentina

RESUMEN

En esta contribución se analiza si en Argentina existe base constitucional legitimante para el ejercicio por vía jurisdiccional del contralor de constitucionalidad sobre las pretericiones inconstitucionales, y se releva la trayectoria jurisprudencial descrita por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en torno a dicha materia. Así, y utilizando como elementos movilizadores la supremacía y la fuerza normativa de la Ley Fundamental, se procurará perfilar las perspectivas de desarrollo sustentable que en el escenario jurídico federal argentino receptan la inconstitucionalidad por omisión y los remedios procesalconstitucionales para conjurarla.

Palabras clave: control de constitucionalidad, inconstitucionalidad por omisión, proceso constitucional, derechos fundamentales, Constitución política, acciones positivas, jurisprudencia, Argentina

ZUSAMENFASSUNG

Dieser Beitrag geht der Frage nach, ob es in Argentinien eine verfassungsrechtliche Grundlage gibt, auf die sich die Durchführung eines Normenkontrollverfahrens zum verfassungswidrigen Übergehen von Normen auf dem Rechtsweg stützen könnte, und stellt die Geschichte der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshof der Nation zum Thema dar. Ausgehend von der Suprematie und der normativen Kraft des Grundgesetzes als mobilisierende Elemente soll so versucht werden, die Perspektiven einer nachhaltigen Entwicklung, die auf der Ebene der argentinischen Bundesjustiz die Verfassungswidrigkeit durch Unterlassung begründen könnte, ebenso herauszuarbeiten wie die verfassungsprozessrechtlichen Abhilfen zu ihrer Behebung.

---

* Profesor titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Fundador y actual director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la misma facultad. Profesor del Curso Intensivo de Posgrado de Derecho Constitucional, Derecho Constitucional Procesal y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Miembro del Grupo Latinoamericano de Estudios en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer (Sede Regional Montevideo). Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y director de la Sección Derechos Humanos de dicha Asociación. Magistrado presidente de la Cámara de Apelaciones de Paz Letrada de San Juan. ‹vicba2002ar@yahoo.com.ar›

Schlagwörter: Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit, Verfassungswidrigkeit durch Unterlassung, Verfassungsprozess, Grundrechte, Verfassung, positive Klagen, Rechtsprechung, Argentinien.

ABSTRACT

This paper analyses whether Argentina has a constitutional foundation which justifies judicial control of the constitutionality of unconstitutional omissions. It reviews the development of the Supreme Court of Argentina's decisions on the subject. Thus, with a focus on the pre-eminence and normative strength of the Fundamental Law, an effort is made to outline the prospects for the sustainable development of a trend towards acknowledgement of unconstitutionality by omission in the Argentine federal courts and the procedural and constitutional remedies needed to ward it off.

Keywords: constitutionality control, unconstitutionality by omission, constitutional procedure, fundamental rights, political Constitution, positive actions, jurisprudence, Argentina.

1. Breve introducción

El Estado contemporáneo es Estado constitucional, en cuyo contexto la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía idéntica a ella ocupan un sitio central en el sistema jurídico y exudan fuerza normativa, lo que supone la obligación de garantizar su indemnidad, sea que las agresiones en su contra se produzcan *por acción o por omisión*.

> La potestad de ejercer control sobre las pretericiones inconstitucionales (también respecto de las inconvencionales —aunque aquí nos referiremos esencialmente a aquellas—) recibe sustento y legitimación desde que la vigencia sociológica de tal bloque constitucional es presupuesto de intangibilidad de dichos caracteres fundamentales de supremacía y normatividad.

Anunciado someramente el sustrato de la inconstitucionalidad y la inconvencionalidad por inacción, esta contribución intenta realzar la importancia de dinamizar herramientas jurisdiccionales que, sin menoscabar la autoridad democrática del legislador, preserven la magnitud normativa de la Constitución y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con magnitud equivalente a ella, resguarden su contenido axiológico y garanticen su supremacía.

Impregnado de tales pautas contextuales, en el presente trabajo analizaremos en dos bloques temáticos, respectivamente, la existencia de plataforma constitucional habilitante para ejercer por vía jurisdiccional el control de constitucionalidad sobre las inacciones inconstitucionales y el panorama jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en torno a la materia, colacionando algunos fallos (de distintas épocas y con diversas integraciones del tribunal) en los que, con mayor o menor intensidad, asoma la viabilidad de llevar adelante semejante fiscalización constitucional en torno a las omisiones contrarias a la Ley Fundamental.

El epílogo vendrá de la mano de unas sucintas valoraciones conclusivas sobre un tema conflictivo y polifacético, que no deja de ofrecer nuevas facetas para la discusión jurídica.

2. Sustento constitucional habilitante del contralor respecto de las pretericiones inconstitucionales en Argentina

Comenzamos apoyándonos argumentalmente en De Otto, quien puntualiza que la promulgación de una Constitución escrita es prácticamente imprescindible para establecer una norma suprema en el ordenamiento, lo que debe complementarse especificándose que la infracción a lo dispuesto en ella es antijurídica. En cambio, si el ordenamiento no determina tales pautas, los preceptos de esta serán constitucionales solo en cuanto están incluidos en ella, pero en realidad no serán ni siquiera normas, dado que una norma que puede ser infringida lícitamente *no es una norma*.[1] Al respecto, acota que si el ordenamiento preceptúa que es obligatorio acatar la Constitución escrita, *todos* sus preceptos son igualmente obligatorios, sea cual fuere la materia de que se ocupen, y a todos les corresponde por igual la condición de norma suprema.[2]

Impregnado de ese espíritu, que enraíza en el Estado constitucional de derecho, se fundamenta y legitima el control de constitucionalidad sobre las omisiones que violenten la Ley Fundamental, en orden a amparar la primacía y el vigor normativo de esta.

Es interesante la visión de Revenga Sánchez, para quien la fuerza normativa de la Constitución no surge del vacío y la normatividad constitucional.

> […] presenta una dificultad intrínseca que proviene tanto del elevado nivel de abstracción y generalidad de sus prescripciones como de sus propias fuentes normativas. En el punto de intersección entre la política y el Derecho —política que se normativiza, y norma que aspira a una regulación de lo político— *la Constitución afronta siempre el riesgo de ver socavada su fuerza directriz a manos de actores particularmente poderosos, y con tendencia a presentar resistencia a la vocación limitadora/encauzadora que toda norma, y particularmente la Constitución, conlleva.*[3]

En el escenario jurídico argentino, reacondicionado por medio de la modificación constitucional operada en 1994, existe una determinación constitucional legitimante de la competencia de la judicatura (con la CSJN al frente) para combatir fundamentalmente las omisiones legislativas inconstitucionales.

---

[1] Ignacio De Otto: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 5.ª reimpr., Barcelona: Ariel, 1997, pp. 17-18.

[2] Ibídem, p. 18 (énfasis del original).

[3] Miguel Revenga Sánchez: *Presupuestos para la enseñanza del derecho constitucional*, Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), serie Cuadernos del Rectorado, n.º 22, 2010, p. 40 (énfasis añadido).

Así lo autoriza a predicar la confluencia de una serie de factores, entre los que figuran: la ampliación de la nómina de derechos explícitos (verbigracia, artículos 37, 41, 42 de la Constitución Nacional [CN]); la instauración de los procesos constitucionales de amparo (incluso el amparo por *omisión*), hábeas corpus y hábeas data —aunque esta última expresión no figure textualmente— (artículo 43, ibídem); la redefinición del principio de igualdad, a partir de la complementación de la *igualdad formal* (artículo 16, ibídem) con la *igualdad material o sustancial* (artículos 37 y 75, incisos 2.º, 19 y 23), y la adjudicación de jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (artículo 75, inciso 22, párrafo 2.º, ibídem).

Semejante atribución de cotización constitucional a los instrumentos internacionales sobre el aludido campo temático ha provocado, *inter alia*, la expansión cuantitativa y cualitativa del elenco de derechos implícitos; la consolidación de los principios *pro homine* o *favor libertatis* y *pro actione*, con los criterios hermenéuticos que vienen por añadidura: interpretación de buena fe, *pacta sunt servanda* y los atinentes al objeto y el fin de los tratados; el fortalecimiento de la premisa que instaura la imposibilidad de alegar la existencia o inexistencia de normas de derecho interno para dejar de cumplir compromisos internacionales, y la inevadible responsabilidad internacional del Estado en caso de incumplimiento total o parcial de estos.

A ello deben añadirse los siguientes elementos de análisis, por cierto de importancia no desdeñable: el postulado preambular de "afianzar la justicia", que ostenta naturaleza operativa, no solo tiene valor de guía interpretativa; el establecimiento de una premisa de reafirmación de la fuerza normativa de la Constitución (artículo 36); la adjudicación de alcurnia constitucional *ex post* por el Congreso Nacional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad,[4] y la tendencia que, no exenta de vaivenes, exhibe la jurisprudencia de la CSJN en el sentido de tomar en cuenta los estándares hermenéuticos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos va forjando en sus sentencias y opiniones consultivas como intérprete final de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Uniendo tales eslabones, poco sitio queda para consentir o tolerar violaciones a los derechos humanos o infracciones al vigor normativo de la Constitución originadas en *inacciones u omisiones legislativas*.

Tal paisaje constitucional, donde brilla con luz propia el sustancial compromiso asumido por el Estado en el marco de los derechos humanos, transmite una clara señal a los órganos del poder constituido, los que quedan vinculados por la fuerza normativa de la Ley Fundamental, su supremacía y la de los instrumentos internacionales con valencia homóloga a aquella.

---

[4] A la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas se le ha otorgado jerarquía constitucional mediante la ley 24.820 (*Boletín Oficial [BO]* del 29 de mayo de 1997) y respecto de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad se ha hecho lo propio por medio de la ley 25.778 (*BO* del 3 de setiembre de 2003).

3. Recorrido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

3.1. Preliminar

Transitando la doctrina judicial de la CSJN, puede verificarse —con mayor o menor contundencia o nivel de verbalización— la presencia de diversos antecedentes en materia de control sobre las omisiones inconstitucionales, algunos de los cuales fueron pronunciados incluso antes de la reforma de 1994.

Así es posible contabilizar, enunciativamente, las siguientes resoluciones (que serán examinadas sumariamente en el subapartado siguiente): *Bonorino Peró, Abel y otros c/ Gobierno Nacional,*[5] del 15 de noviembre de 1985; *Ekmekdjian, Miguel Á. c/ Sofovich, Gerardo,*[6] del 7 de julio de 1992; *Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo,*[7] del 9 de abril de 2002; *Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ despido,*[8] del 14 de setiembre de 2004; *Verbitsky, Horacio,*[9] del 3 de mayo de 2005; *Badaro, Adolfo Valentín c/ Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS) s/ reajustes varios,*[10] sentencias I [11] y II,[12] respectivamente del 8 de agosto de 2006 y del 26 de noviembre de 2007, y *Halabi, Ernesto c/ PEN - Ley 25.873 - Dto. 1563/04 s/ amparo Ley 16.986,*[13] del 24 de febrero de 2009.

No nos olvidamos, claro está, de dos señeros precedentes que constituyen una muestra embrionaria pero trascendental del tema que aquí exploramos: *Siri, Ángel,*[14] donde el Tribunal se expidió por mayoría[15] el 27 de diciembre de 1957, y *SRL Samuel Kot,*[16] en el que —también mayoritariamente—[17]se pronunció el 5 de setiembre de 1958.

---

[5] *Fallos,* 307:2184.

[6] *Fallos,* 315:1492.

[7] *Fallos*, 325:524.

[8] *Fallos*, 327:3677.

[9] *Fallos*, 328:1146.

[10] Causa B.675.XLI.

[11] *Fallos,* 329:3089

[12] Se trata de un segundo pronunciamiento en la causa identificada en la nota 10, emitido más de quince meses después de *Badaro I*.

[13] Causa H.270.XLII

[14] *Fallos*, 239:459.

[15] La mayoría estuvo compuesta por los doctores Orgaz, Argañarás, Galli y Villegas Basavilbaso. Por su parte, el doctor Herrera votó en disidencia, propiciando seguir al procurador general en su dictamen, rechazar el recurso y confirmar la sentencia apelada. Entre otras apreciaciones, sustentaba su discrepancia en la necesidad de que la Corte no excediera su propia jurisdicción, la que proviene de la ley, y agregaba que, si aun fuera posible argüir la posibilidad de que el silencio legislativo o la inoperancia de los procedimientos legales no pudieran impedir la vigencia de los derechos y principios consagrados constitucionalmente, debería observarse que semejante razonamiento, que juzgaba "extremo", indudablemente suponía la demostración acabada de aquellos requisitos, que en el caso de autos no estimaba configurados

[16] *Fallos*, 241:291.

[17] La mayoría quedó compuesta por los doctores Orgaz, Villegas Basavilbaso y Beccar Varela. En minoría se pronunciaron los doctores Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte, quienes mocionaron la declaración de improcedencia del recurso extraordinario, entre otras razones, por considerar

Tales emblemáticos decisorios produjeron una contribución vital al derecho procesal constitucional pues dieron vida —nada menos—al proceso constitucional de *amparo*, respectivamente, contra actos de autoridad pública y de particulares.

Asimismo, en *Siri* la CSJN acuñó uno de los párrafos más célebres de su historia jurisprudencial, al afirmar que *las garantías individuales existen y protegen por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución Nacional e independientemente de las leyes reglamentarias*. Añadió, con cita de Joaquín V. González, que las declaraciones, los derechos y las garantías no son simples fórmulas teóricas, porque cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, las autoridades y toda la Nación.[18]

3.2. Relación de fallos

3.2.1. Bonorino Peró[19]

La CSJN ejerció control de constitucionalidad con sentido institucional sobre una omisión inconstitucional enraizada en el incumplimiento de la obligación de mantener "actualizada con significación económica la remuneración de los jueces, cuando un deterioro significativo trasuntaba en esa omisión una violación a la garantía de intangibilidad impuesta por el artículo 96 de la Constitución".[20] Dio operatividad, así, a la mencionada garantía, hoy localizada en el artículo 110 de la Ley Fundamental en función de la renumeración impresa al texto constitucional por la reforma de 1994.

En el decisorio[21] se aclara que no es objeto del proceso discurrido en la causa "'fijar' los sueldos de los jueces, ni sustituir la política legislativa en la materia, todo lo cual incumbe al Congreso…" (considerando 5.º); se agrega que el control de constitucionalidad que asumía el Tribunal recaía "*sobre la omisión de actualización de los sueldos judiciales mermados por la inflación*" y, por ende, nada le impedía, como intérprete final de la Constitución, decidir que la pérdida no compensada del valor monetario real configuraba un supuesto de disminución de aquellas retribuciones, que transgredía el entonces artículo 96 (considerando 6.º).

Desgranando los puntos salientes del fallo, se observa lo siguiente: a) frente a una omisión inconstitucional lesiva de una garantía constitucionalmente consagrada, ejerció control de constitucionalidad reivindicando su rol de intérprete final de la Ley Fundamental; b) operativizó aquella garantía consistente en preservar la

---

que la doctrina del caso *Siri* no guardaba relación directa ni inmediata con la situación jurídica planteada en *Kot*.

[18] Joaquín V. González: "Manual de la Constitución argentina", en *Obras completas*, vol. III, n.os 82, 89 y 90, Buenos Aires, 1935; citado concretamente en *Fallos*, 239:463

[19] En el texto referimos a *Bonorino Peró*, aunque lo resuelto en dicha causa vale para las siguientes causas decididas también por conjueces: *Perugini, Durañona* y *Vedia* y *Grieben*

[20] Cf. Germán J. Bidart Campos: *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional,* Buenos Aires: Ediar, 1987, p. 10

[21] El pronunciamiento fue unánime y en la ocasión el Tribunal estuvo compuesto por los siguientes conjueces: Bidart Campos, Gavier, Moisset de Espanés, Morello y Terán Lomas.

"intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados", consciente de sus límites y sin desconocer la competencia del Congreso para fijar la política legislativa en la materia, y c) dejó en evidencia la procedencia de la acción de amparo, como vía idónea para perseguir la declaración de inconstitucionalidad de la omisión por la que se incumplía una "obligación" constitucional.

3.2.2. Ekmekdjian c/ Sofovich

En este paradigmático precedente, resuelto por mayoría,[22] la CSJN confirió aplicación directa y operativa al artículo 14 de la CADH que contiene el derecho de rectificación o respuesta, aun cuando no existía una norma legal reglamentaria que lo desarrollase internamente. Además, interpretó que la expresión "en las condiciones que establezca la ley" (artículo 14.1, *in fine*, ibídem) se refiere "a los diversos sistemas jurídicos internos, integrados también por *las sentencias de sus órganos jurisdiccionales, pues tanto la tarea judicial como legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas*".[23]

Dicho en otros términos, puntualizó que el compromiso del orden jurídico interno con la CADH puede también ser cumplido por una *sentencia judicial*, y el tribunal puede fijar "*las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado*" será ejercitado en el caso concreto.[24]

La sentencia en cuestión deja al desnudo que, como la Convención estaba vigente para Argentina al momento en que la Corte falló (y también al tiempo en que el actor formuló su petición) y ostentaba jerarquía supralegal (hoy posee valencia constitucional), su incumplimiento —al influjo de la abstención legislativa— podría constituir *omisión inconstitucional* reparable judicialmente a través del amparo. En tal sentido, el fallo expresa:

> La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado […].[25]

Por ende, la segunda de las hipótesis: "omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento", provocaría la agresión constitucional (y, en lenguaje más actual, también convencional) por inacción y viabilizaría la fiscalización jurisdiccional a su respecto.

---

[22] La mayoría quedó integrada con los doctores Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Nazareno y Boggiano; las disidencias correspondieron a los ministros Petracchi, Moliné O'Connor, Levene (h.) y Belluscio..

[23] Considerando 22 de la mayoría; énfasis agregado.

[24] Considerando 22, *in fine*, de la mayoría; énfasis agregado

[25] Considerando 16 del voto mayoritario.

3.2.3. Mignone

La CSJN no se limitó, como lo había hecho la Cámara Nacional Electoral (órgano apelado), a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 3, inciso *d,* del Código Electoral Nacional, que excluía del padrón electoral a "los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad" (dado que el *a quo* había supeditado el ejercicio del derecho al dictado de la reglamentación que posibilitara el sufragio de aquella categoría de personas), sino que avanzó operativamente y manifestó que correspondía "*urgir al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados*", y en ese marco consideró prudente "disponer que este derecho sea implementado *por las autoridades competentes dentro del plazo de seis meses*".[26]

Básicamente, el Alto Tribunal emitió una especie de sentencia *multilateral* para salvar la primacía constitucional. Fue así como declaró la inconstitucionalidad de la norma en cuestión y entabló un diálogo con los Poderes Legislativo y Ejecutivo tendiente a lograr que estos emitieran los lineamientos normativos de rigor y acondicionaran la infraestructura pertinente para dar cumplimiento, en el plazo fijado judicialmente, al derecho cuyo desarrollo quedaba obstruido por la regla devenida anticonstitucional.

Resulta encomiable el camino seleccionado por el Tribunal como medio útil para superar la omisión inconstitucional consistente en preterir la obligación de adaptar una norma legal a los postulados operativos de un tratado internacional con valencia homóloga a la de la Carta Magna, pues más allá de la pauta genérica del artículo 18 de la CN (de la que se infiere el principio de inocencia), el parámetro para discernir la constitucionalidad de la regla impugnada fue el artículo 23.2 de la CADH.[27] En otras palabras, aquel precepto del dispositivo electoral quedó desfasado al resultar sobrevenidamente inconsistente con pautas surgentes de una convención internacional jerárquicamente parificada a la Constitución.

Es interesante resaltar que la sentencia tuvo efectos inductores en el Congreso de la Nación, pues luego de su dictado, concretamente el 4 del diciembre de 2003, se sancionó la ley 25858,[28] promulgada por decreto 1.342/2003 del Poder Ejecutivo Nacional, de fecha 29 de diciembre de 2003. En lo que aquí resulta de interés específico, el dispositivo legal citado derogó, entre otros incisos, el *d* del artículo 3 del Código Electoral Nacional e incorporó a este plexo normativo el artículo 3 *bis,* que en su primer párrafo

---

[26] El énfasis, en ambos casos, ha sido añadido. Los párrafos entrecomillados corresponden al considerando 9.º de la mayoría, compuesta por los ministros Nazareno, Moliné O'Connor y López. En sendos votos particulares, aunque coincidentes en lo sustancial, se pronunciaron los doctores Boggiano (véase el considerando 8.º) y Bossert (véase el considerando 30). Por su parte, los ministros Fayt y Petracchi, en voto conjunto, concurrieron con la mayoría (véase, sobre el punto en cuestión, el considerando 19).

[27] En realidad, para sustentar la inconstitucionalidad del artículo 3, inciso d, del Código Electoral Nacional, la moción mayoritaria reenvió a los fundamentos y conclusiones vertidos en el voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y López en la causa "A.671.XXXVII, 'Alianza Frente para la Unidad (elecciones provinciales gobernador y vicegobernador, diputados y senadores provinciales) s/ oficialización listas de candidatos'", del 27 de septiembre de 2001 (Fallos, 324:3143).

[28] *BO* del 6 de enero de 2004.

dispone que "los procesados que se encuentren cumpliendo prisión preventiva, tendrán derecho a emitir su voto en todos los actos eleccionarios que se celebren durante el lapso en que se encuentren detenidos".

3.2.4. Vizzoti

Modificando su posición hermenéutica anterior, y por unanimidad,[29] declaró inconstitucional por irrazonable el límite a la base salarial, previsto en los párrafos 2.º y 3.º del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (según ley 24013), para calcular la indemnización por despido incausado.

Paralelamente, y con una carga adicional de activismo judicial, desactivó por inconstitucional aquel límite y avanzó en la *delineación de un criterio normativo operable en la causa* al determinar *per se* que correspondía aplicar aquella limitación solo hasta el 33 % de la mejor remuneración mensual, normal y habitual computable.

3.2.5. Verbitsky

Incluimos en la nómina este fallo pues, aunque sus efectos no se dirigían al Congreso de la Nación sino a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires, el tribunal recurrió a una interesante herramienta sentencial exhortativa para atemperar, corregir o salvar omisiones legislativas o insuficiencias normativas del Congreso de la Nación.

Cabe recordar que el representante legal del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) interpuso ante el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires una acción de *hábeas corpus correctivo y colectivo* en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos penales y comisarías sobrepoblados, a pesar de que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados.

La demanda fue desestimada por la Sala III de la Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires por considerarse incompetente para intervenir en los hechos denunciados en la presentación, pues en esta se hacía una referencia genérica y colectiva a las distintas situaciones e irregularidades en que se encontraban las personas privadas de su libertad en causas penales y detenidas en comisarías o establecimientos policiales provinciales. Indicó que no procedía tomar una única decisión que englobase situaciones plurales indeterminadas, aun cuando estuvieran referidas a un problema común, y que correspondía que cada supuesto fuera evaluado por el juez propio de la causa.

Ante ello, el actor dedujo recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley, que fueron declarados inadmisibles por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, frente a lo cual planteó un recurso extraordinario, cuya denegación originó la presentación directa ante la CSJN, que —por mayoría—[30] dejó sin efecto el fallo en cuestión, y además dispuso:

---

[29] En efecto, votaron coincidentemente todos los ministros firmantes, doctores Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco.

[30] La mayoría quedó conformada por los ministros Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti. Por su parte, en disidencia se expidió el doctor Boggiano, y también

- declarar que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención;
- disponer que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, hiciera cesar en el término de sesenta (60) días la detención de menores y enfermos en comisarías de la provincia;
- instruir al mencionado órgano judiciario y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias, con la urgencia del caso, hicieran cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importara un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado federal;
- ordenar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remitiera a los jueces respectivos, en el término de treinta (30) días, un informe pormenorizado en el que constaran las condiciones concretas en que se cumplía la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etcétera), a fin de que estos pudieran ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien dispusieran medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas; asimismo, entendió pertinente que se informara en el plazo de cinco (5) días toda modificación relevante de la situación oportunamente comunicada;
- disponer que cada sesenta (60) días el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires informara a la CSJN de las medidas que fuera adoptando para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia;
- 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 su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales, y
- encomendar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, a través de su Ministerio de Justicia, organizara la convocatoria de una mesa de diálogo a la que invitaría a la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amici curiarum*, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil, y ordenarle que informara a la CSJN cada sesenta días de los avances logrados.

Desde el punto de vista que aquí interesa enfatizar, el decisorio es importante (aunque de difícil cumplimiento efectivo), pues adoptando un laudable activismo la CSJN delineó un remedio jurisdiccional para combatir las *omisiones contrarias a la Constitución y a los instrumentos internacionales con valencia homóloga* en que incurrían las autoridades provinciales competentes en materia de ejecución penal, y que resultaban violatorias, verbigracia, del artículo 18 de la CN y de los artículos XXV de la

disidentemente, aunque solo en forma parcial, lo hicieron por separado los ministros Fayt y Argibay.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (todo individuo "tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad"), 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ("toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano") y 5, inciso 2.º, de la CADH (norma con similar configuración léxica y contenido semántico a la del Pacto citado en último término).[31]

En el sentido expuesto, aunque representativas de una naturaleza y un valor de *soft law*[32] en materia de derecho internacional de los derechos humanos, el tribunal elevó al nivel de estándar básico infranqueable las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24660 como elenco de pautas fundamentales a las que debe sujetarse toda detención para que la privación de la libertad ambulatoria legítimamente impuesta por un órgano judicial competente se adapte a los lineamientos indispensables para preservar la dignidad de la persona humana.[33]

Para abastecer tales menesteres (y beneficiar, por caso, a menores, mujeres y personas enfermas) la CSJN diseñó una *sentencia exhortativa multilateral* e involucró en sus requerimientos a los tres poderes del Estado provincial, pero a su vez mantuvo su propio compromiso en la supervisión del cumplimiento de las exigencias estipuladas en el pronunciamiento y coadyuvó, además, a la participación de distintos sectores de la sociedad civil para debatir sobre un tema de enorme complejidad.

3.2.6. Badaro I y II

3.2.6.1. Badaro I

Unánimemente,[34] la Corte subrayó que la efectividad de la cláusula constitucional sobre la movilidad jubilatoria (artículo 14 bis) debe resguardarse legislando sobre el punto.[35] De manera convergente señaló:

---

[31] Véase el considerando 39 de la mayoría.

[32] O'Donnell divide los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en tres categorías: la *primera*, las dos grandes declaraciones de 1948; la *segunda*, los grandes tratados universales y regionales en la materia, y la *tercera*, los demás instrumentos sobre derechos humanos dedicados a derechos o principios específicos o los derechos de determinados sectores de la sociedad humana (Daniel O'Donnell: *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Santiago de Chile: Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2.ª ed., 2007, pp. 55-56).

En esta tercera categoría distingue numerosas subcategorías, entre las que identifica como las más relevantes la subcategoría de tratados, por una parte, y la *subcategoría que agrupa los demás instrumentos que carecen de carácter contractual,* por otra. Añade que estos últimos, que son numerosos, se conocen bajo diferentes denominaciones, entre ellas, "declaración, principios básicos, *reglas mínimas*, reglas, principios, directrices" (ibídem, p. 56, énfasis agregado). Así, y si siguiéramos referencialmente la categorización taxonómica del citado autor, las reglas de *soft law* que referimos en el texto quedarían subsumidas en esta última subcategoría dentro de la tercera categoría de instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

[33] Ibídem.

[34] El fallo lleva la firma de los siete integrantes con que hasta hoy (segundo semestre del 2010) el tribunal cuenta: doctores Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

[35] Considerando 6.º, énfasis agregado.

> […] el precepto constitucional de la movilidad se dirige primordialmente al legislador, que es el que tiene la facultad de establecer los criterios que estime adecuados a la realidad, mediante una reglamentación que presenta indudable limitación, ya que no puede alterarla (artículo 28) sino conferirle la extensión y comprensión previstas en el texto que la enunció y que manda a asegurarla.[36]

Asimismo, puso de manifiesto:

> […] la ausencia de aumentos en los haberes del demandante no aparece como el fruto de un sistema válido de movilidad, pues la finalidad de la garantía constitucional en juego *es acompañar a las prestaciones en el transcurso del tiempo para reforzarlas a medida que decaiga su valor con relación a los salarios de actividad.*[37]

De allí extrajo:

> […] *la falta de corrección en una medida que guarde relación con el deterioro sufrido, como acontece en autos, configura un apartamiento del mandato del* artículo *14 bis de la Constitución Nacional*.[38]

El espacio temático en cuyo marco el tribunal entendió configurada la preterición legislativa inconstitucional es precisamente uno de los identificados por la Constitución, reforma mediante, como destinatario de un plus protectivo en los términos del artículo 75, inciso 23. Tal cláusula especifica que corresponde al Congreso Nacional *legislar y promover medidas de acción positiva* que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, *en particular respecto* de los niños, las mujeres, *los ancianos* y las personas con discapacidad. En otras palabras, queda al descubierto la expresa voluntad del constituyente reformador de visualizar a la ancianidad como un grupo particularmente vulnerable e hiposuficiente.

En tal sentido, la CSJN ha precisado:

> […] no solo es facultad sino también deber del legislador fijar el contenido concreto de la garantía constitucional en juego, teniendo en cuenta la protección especial que la Ley Suprema ha otorgado al conjunto de los derechos sociales, ya que en su artículo 75, incisos 19 y 23, impone al Congreso proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social, para lo cual debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos, en particular, a los ancianos, norma que descalifica todo accionar que en la práctica lleve a un resultado que afecte tales derechos.[39]

---

[36] Considerando 15, énfasis agregado.
[37] Considerando 13, énfasis agregado.
[38] Ibídem.
[39] Considerando 17.

Por lo demás, mostrándose consciente de sus límites, advirtió que no era apropiado fijar ella misma sin más "la movilidad que cabe reconocer en la causa, *pues la trascendencia de esa resolución y las actuales condiciones económicas requieren de una evaluación cuidadosa y medidas de alcance general y armónicas, debido a la complejidad de la gestión del gasto público y las múltiples necesidades que está destinado a satisfacer*".[40]

Las líneas axiales del fallo pueden sintetizarse como sigue:

- Declaró la omisión legislativa inconstitucional consistente en la falta de disposición de un ajuste por movilidad en el beneficio previsional del actor que había llevado a privarlo de un derecho conferido por la Ley Fundamental.
- Se abstuvo de adoptar *per se* la decisión supletoria de la mentada omisión.
- Difirió el pronunciamiento sobre el período cuestionado por un plazo que resultara suficiente para el dictado de las disposiciones pertinentes.
- Decidió comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adoptaran las medidas pertinentes para efectuar las correcciones necesarias.

3.2.6.2. Badaro II [41]

Al haber transcurrido un lapso prudencial (más de quince meses) sin recibir respuesta específica y satisfactoria sobre el punto ordenado (emisión de reglas adecuadas a la situación del peticionante), y añadir que el primer fallo dictado en la causa "fue preciso al detallar la *omisión legislativa* que la Corte había advertido y el daño derivado de ella" —remarcado agregado—, por unanimidad de votantes declaró la inconstitucionalidad del artículo 7, inciso 2.º, de la ley 24463, en el caso, y determinó que la prestación del accionante (que superaba los $ 1000) se ajustara, entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2006, de acuerdo con las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, dictando una resolución que —ante la *omisión legislativa*— supuso la fijación de una regla para el caso concreto no exenta de *contenido aditivo*.

3.2.7. Halabi

Por mayoría,[42] *descubrió la existencia de una mora legislativa* en relación con la reglamentación legislativa de las "acciones de clase" y, en el interregno hasta el dictado de

[40] Considerando 16, énfasis añadido.

[41] Votaron de manera coincidente los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti

[42] La mayoría estuvo compuesta por los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, mientras que en disidencia parcial conjunta lo hicieron los ministros Petracchi y Argibay, y en disidencia parcial individual lo hizo el doctor Fayt

[43] Considerando 12 de la mayoría.

tal normativa por el Congreso, *definió algunos lineamientos a los que deberían ajustarse las acciones colectivas de aquella naturaleza* que se dedujeran en dicho lapso.

Para arribar a tal conclusión, entre otros argumentos, entendió que la CN admite en el segundo párrafo del artículo 43 una categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, como sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores, como de los derechos de sujetos discriminados.

Si bien reconoció que en tales casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles, advirtió que hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Por tanto, al existir una homogeneidad fáctica y normativa, consideró 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.

Puntualizó sobre el particular:

> […] no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos.[43]

Posteriormente añadió:

> […] frente a esa *falta de regulación* —la que, por lo demás, *constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible*, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido—, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa 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.[44]

En sentido convergente con lo que anunciábamos, paralelamente a detectar la "mora" legisferante y la ausencia de pautas adjetivas mínimas que regulen la materia, trazó algunas precisiones a los efectos de que, ante la utilización que en lo sucesivo se hiciera de la figura de la "acción colectiva" que delineaba, se resguardara el derecho de defensa en juicio, de modo de evitar que alguien pudiera verse afectado por una

[44] Ibídem; énfasis añadido.
[45] Ibídem.

sentencia dictada en un proceso en el que no había tenido la posibilidad efectiva de participar (considerando 20 de la mayoría).

Por ello, consideró:

> La admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos.[45]

3.3. Sucinto repaso de algunos aspectos relevantes del recorrido jurisprudencial

Un retrato simplificado del recorrido jurisprudencial de la CSJN nos permite insinuar los siguientes trazos salientes de cada uno de los fallos examinados:

3.3.1. En *Bonorino Peró* (caso resuelto por conjueces) ejerció control de constitucionalidad con sentido institucional sobre una omisión inconstitucional violatoria de una garantía constitucionalmente fijada consistente en la necesaria preservación de la "intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados" (como uno de los soportes de la independencia judicial), menester para el cual resaltó su papel de intérprete final de la Constitución.

3.3.2. En *Ekmekdjian c/ Sofovich* dejó en claro que la obligación del derecho interno respecto de la CADH puede también ser abastecida por una sentencia judicial, y que la inacción legislativa en perfilar la normativa reglamentaria del artículo 14 de dicha convención podía suscitar la violación de esta al no hacer posible su cumplimiento. Desde una mirada profunda de la cuestión puede intuirse una interesante (aunque embrionaria) muestra de retroalimentación de los controles de constitucionalidad y convencionalidad respecto de omisiones.

3.3.3. En *Mignone,* por medio de una especie de sentencia exhortativa multilateral, declaró inconstitucional el artículo 3, inciso *d,* del Código Electoral Nacional, y

[46] Mario Ackerman: "La modificación de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la constitucionalidad del tope indemnizatorio por despido y sus consecuencias", en *La Ley*, t. 2004-F, Buenos Aires, p. 196.

dispuso urgir al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo para que adoptaran las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados, para lo cual estableció a aquellos poderes políticos un plazo de seis meses.

3.3.4. En *Vizzoti* desactivó por irrazonable (y, por ende, inconstitucional) el límite a la base salarial para cuantificar la indemnización por despido sin causa y, en una decisión catalogada de "cuasi legislativa"[46] y con contenido aditivo, elaboró una pauta normativa sustitutiva de la descalificada por anticonstitucional.

3.3.5. En *Verbitsky* también diseñó una sentencia exhortativa multilateral, involucrando en sus requerimientos a los tres poderes del Estado provincial (Ejecutivo, Legislativo y la Suprema Corte de Justicia local) y, a su vez, mantuvo su propio compromiso en la supervisión del cumplimiento de los requerimientos diagramados en el decisorio.

En algún punto, el fallo revela la detección de omisiones contrarias a la Constitución y a los tratados internacionales con valencia homóloga en que incurren las autoridades provinciales competentes en materia de ejecución penal, y dispuso 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 su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales, sin imponer un parámetro temporal para concretarlo.

3.3.6. En *Badaro I* descubrió y declaró la existencia de una omisión legislativa inconstitucional lesiva de la pauta de movilidad previsional estipulada en el artículo 14 *bis* de la Ley Fundamental y, por medio de una sentencia exhortativa multilateral, decidió comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la decisión para que, en un plazo razonable, adoptaran las medidas pertinentes para efectivizar las correcciones necesarias.

Otro elemento remarcable del pronunciamiento radica en que el tribunal difirió el tratamiento de la pretensión del actor hasta tanto el problema central de la movilidad de haberes fuera definido en la normativa por dictar.

En definitiva, desde el prisma procesal constitucional se aprecia una bifurcación temporal del *thema decidendum*: a) por un lado, detecta la omisión inconstitucional; constata, *self-restraint* mediante, que la determinación de la movilidad previsional preterida es una cuestión legislativa que excede su marco competencial, por lo que se abstiene de dictar la decisión supletoria de la omisión, y comunica su decisión a los otros poderes del Estado para que tomen debida nota y en un plazo razonable emanen la normativa pertinente, y b) por el otro, pospone la solución concreta de la postulación del actor hasta tanto se dicte el dispositivo legal pertinente que determine el cómo y el cuánto de la movilidad previsional soslayada, para entonces someter la pretensión al nuevo parámetro normativo.

Ya en *Badaro II,* ante el transcurso de un lapso prolongado sin obtener satisfacción específica en los términos de la exhortación que formulara, y frente a la persistencia de

[46] Entre otros trabajos de Víctor Bazán sobre el tema, véase "De jueces subrogantes, casos difíciles y sentencias atípicas", en Jurisprudencia Argentina, LexisNexis, Buenos Aires, 15 de agosto de 2007, pp. 23-33

la inacción legislativa, estableció aditivamente en el caso una regla de ajuste actualizatorio de la prestación previsional del accionante.

3.3.7. La sentencia recaída en *Halabi* resulta relevante desde el punto de vista de la consolidación de los procesos colectivos, al adherir el tribunal a una posición amplia que cataloga también como derechos de incidencia colectiva a los derechos individuales homogéneos, considerados como derechos individuales, divisibles, sean o no patrimoniales, en supuestos en que su defensa individual fuera inviable.

Por su parte, interpretó que medió mora legislativa en la regulación de las "acciones de clase" y fijó determinados lineamientos que regularían la tramitación de estas hasta tanto el Congreso emanara la reglamentación general pertinente al efecto.

Sea como fuera, queda en un cono de dudas descifrar si en puridad del artículo 43 de la Ley Fundamental corresponde derivar la existencia de un mandato constitucional dirigido al legislador para positivar las *class actions*.

3.4. Acerca de las sentencias atípicas

3.4.1. Aproximación referencial

La insuficiencia del paradigma kelseniano del *legislador negativo*[47] para responder a las crecientemente complejas funciones y operaciones que el Estado constitucional de derecho demanda a los órganos de justicia constitucional (modelo, el de Kelsen, que en su versión original diagramaba una suerte de molde habitado por la alternativa que alimenta las opciones, obviamente binómicas, entre constitucionalidad —rechazo— e inconstitucionalidad —admisión—) explica la circunstancia empíricamente constatable de la tendencia de la magistratura constitucional a superar semejante corsé adjudicado primigeniamente, moverse hacia posiciones teñidas de cierto activismo y, así, acudir a diversas formulaciones sentenciales que reflejan la *función normativa* que puede llevar a cabo en los planos legal y constitucional mediante su labor hermenéutica.

Sobre ese piso de marcha, básicamente en Europa (por ejemplo, en los tribunales constitucionales de Alemania,[48] Austria, España y la Corte Constitucional de Italia), aunque con reflejos hacia Latinoamérica (verbigracia, en la Corte Constitucional de Colombia, los tribunales constitucionales de Perú y Chile y las salas constitucionales de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela), fue evolucionando la edificación jurisprudencial de *sentencias atípicas o intermedias* pronunciadas por la jurisdicción constitucional, que reconocen una raíz primordialmente pragmática.

---

[47] Entre otros trabajos de Víctor Bazán sobre el tema, véase "De jueces subrogantes, casos difíciles y sentencias atípicas", en *Jurisprudencia Argentina, LexisNexis,* Buenos Aires, 15 de agosto de 2007, pp. 23-33.

[48] Sobre la inconstitucionalidad por omisión en la percepción del Tribunal Constitucional Federal alemán, puede verse el interesante trabajo de Francisco Fernández Segado: "El control de las omisiones legislativas por el *Bundesverfassungsgericht*", en Víctor Bazán (coord.): *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, t. 2, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, pp. 999-1035.

Ellas vienen a ubicarse en el espacio existente entre los dos anunciados extremos *tradicionales* y originariamente *solitarios* del segmento de posibilidades decisorias de la jurisdicción constitucional: constitucionalidad (rechazo) e inconstitucionalidad (acogimiento) puras y simples, y en no pocas ocasiones logran quebrar la automaticidad de la secuencia inconstitucionalidad-nulidad.

Dentro del vasto catálogo sentencial que la praxis de la jurisdicción constitucional comparada exhibe, e inmersas en el paradigma de las sentencias *interpretativas,* existen por ejemplo las sentencias *manipulativas,* una de cuyas subcategorías está constituida por las *aditivas,* que justamente suponen la *viabilidad de corregir las omisiones inconstitucionales*. Descritas de modo primario, estas consisten en una interpretación extensiva del radio de acción del precepto legal objetado, para conformarlo a la Constitución, de resultas de lo cual y tras la interpretación, *la regla es aplicable a más supuestos de los comprendidos en abstracto por el enunciado legal.*[49]

3.4.2. La praxis de la Corte Suprema argentina en el particular

Principalmente con su renovada composición, y con tono activista, el tribunal ha intensificado su proclividad a incursionar en nuevas técnicas sentenciales y a modular el efecto de sus pronunciamientos en materia de control de constitucionalidad, dando forma a un escenario pretoriano al que probablemente se irán añadiendo nuevos ingredientes para configurar una sistemática propia de herramientas decisorias para fortalecer la labor de defensa jurídica y axiológica de la Constitución. Es que, como se ha apuntado, cada sistema de justicia constitucional tiende a configurarse como un modelo particular en función de sus relaciones con el ordenamiento constitucional en el que opera.[50]

Solo por utilizar la terminología empleada en el derecho y la jurisprudencia comparados y, claro está, *mutatis mutandi*, en el campo correctivo de las pretericiones legislativas inconstitucionales y otros espacios relativos al despliegue de la fiscalización constitucional, podría decirse que el máximo tribunal ha recurrido a una variante —autóctona— de *sentencias atípicas.*

En esa dinámica, y sin ánimo de taxatividad, pueden mencionarse:

- resoluciones exhortativas multilaterales sin o con fijación de plazo específico (en este último caso, determinando cuantitativamente tal parámetro temporal o limitándose a emplear la difusa expresión "en un plazo razonable"), dando tiempo en algún caso, luego de detectada la omisión legislativa inconstitucional, a la intervención correctiva del legislador antes de un análisis final de la pretensión actora (*Badaro I*);
- sentencias en las que ha descartado previsiones normativas por anticonstitucionales y, haciendo gala de su función creadora de derecho, ha construido

[49] Cf. Marina Gascón Abellán: Voz "Interpretación conforme (con la Constitución)", en Miguel Carbonell (coord.): *Diccionario de derecho constitucional*, México: Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002, p. 318.

[50] Cf. Augusto Martín de la Vega: *La sentencia constitucional en Italia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 402.

criterios normativos operables en las respectivas causas para dirimir las cuestiones sometidas a su conocimiento (*Vizzoti* y *Badaro II*);

- algún decisorio en el que constató la omisión legislativa inconstitucional absoluta y, ante la ausencia de pautas adjetivas mínimas regulatorias de la materia (*acciones de clase*), diseñó ciertos perfiles que las regirían procedimentalmente hasta tanto se emitiera la reglamentación general pertinente por el órgano legisferante (*Halabi*);
- cierto pronunciamiento en el que desactivó una norma por inconstitucionalidad (irrazonabilidad) sobreviviente, elaborando un razonamiento que deja algún espacio para intuir un acercamiento al plano de la prognosis del legislador y la omisión de adecuar (en el caso, derogar) una regla legal desfasada y disvaliosa nada menos que atributiva de competencia apelada ordinaria del tribunal en materia previsional (*Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios*[51]), y
- sentencias en las que modula temporalmente los efectos del control de constitucionalidad que realiza; así por ejemplo, para evitar la retrogradación de innumerables juicios, en una importante causa descalificó por inconstitucional la resolución 76/2004 del Consejo de la Magistratura de la Nación sobre la controvertida cuestión de los *jueces subrogantes,* aunque para sortear una eventual regresión de numerosísimos procesos y evitar una situación caótica en el ámbito de la administración de justicia diagramó una sentencia *atípica* de *mera inconstitucionalidad* con efectos *pro futuro,* o sea, los articuló cronológicamente para dejar espacio a los poderes Ejecutivo y Legislativo en orden a que desplegaran sus competencias y fijaran un sistema definitivo sobre la materia en discusión que respetara los lineamientos exigidos constitucionalmente (*Rosza, Carlos Alberto y otro s/ recurso de casación*).[52]

---

[51] *Fallos*, 328:566, del 29 de marzo de 2005. En él declaró por mayoría la invalidez constitucional del artículo 19 de la ley 24.463 (*BO* del 30 de marzo de 1995), que habilitaba un recurso ordinario de apelación ante aquella respecto de las sentencias definitivas de la Cámara Federal de la Seguridad Social. Los efectos inductores del fallo se patentizan claramente porque (además de haber sido este publicado en el *Boletín Oficial de la Nación*) pocos días después de su dictado el Congreso de la Nación sancionó la ley 26.025 (*BO* del 22 de abril de 2005.), por la cual derogó el citado artículo 19 de la ley 24.463.

El voto que encabeza la sentencia recaída en *Itzcovich* fue suscrito por los ministros Petracchi, Fayt y Highton de Nolasco. Por su parte, y según sus votos, se expidieron los doctores Maqueda y Zaffaroni, en forma conjunta, y Lorenzetti, de manera individual (todos estos concurrentemente con la decisión mayoritaria). Finalmente, en sendas disidencias parciales, se pronunciaron los jueces Belluscio, Boggiano y Argibay.

Para un análisis del pronunciamiento reenviamos a Víctor Bazán: "La Corte Suprema de Justicia argentina y la depuración de su competencia apelada por medio del control de constitucionalidad", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 5, enero-junio 2006, México: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y Porrúa, pp. 257-287.

[52] *Fallos*, 330:2361, del 23 de mayo de 2007. La mayoría quedó conformada por los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda; concurrentemente votó el ministro Fayt y, por último y en disidencia conjunta, se pronunciaron los doctores Zaffaroni y Argibay.

4. Reflexiones finales

1. La Constitución ha pasado de ser percibida (o *de pasar desapercibida*) como norma meramente organizativa o emplazada en un parámetro casi metajurídico desde una óptica material, a ser visualizada como norma directamente eficaz tanto en sus mandatos organizativos o institucionales como en aquellos de naturaleza material y sustantiva.[53]

Ello nos conecta con el relevante asunto de la *fuerza normativa de la Ley Fundamental*, que sin duda depende de la posibilidad de *realización* de los contenidos constitucionales[54] o, dicho en otros términos, de la *concreción* de las premisas prescriptivas que aloja su texto.

En este espacio operativo, la labor de la magistratura constitucional u ordinaria, según la adscripción al respectivo sistema de fiscalización constitucional que tipifique al escenario jurídico en cuestión, adquiere una importancia vital.

Y precisamente uno de los propósitos centrales del control jurisdiccional en torno a las omisiones inconstitucionales se ubica en la necesidad de *recomponer* el imperio de la Ley Fundamental, cuya supremacía y vigor normativo quedaron momentáneamente bloqueados por la agresión negativa del órgano omitente.

2. Inmersa en esa lógica, y con mayor o menor dosis de contundencia léxica y jurídica, la Corte Suprema viene transitando un camino que abre un horizonte con potencialidades evolutivas en el que cabe imaginar que reserva un sitio importante al ejercicio prudente pero decidido del control jurisdiccional sobre las pretericiones anticonstitucionales.

Como factor analítico significativo para comprender semejante comportamiento del máximo tribunal, no puede dejar de ponderarse que el escenario jurídico argentino, a partir del remozamiento que le brindó la modificación constitucional operada en 1994, parecería haber moldeado una plataforma de legitimación suficiente para habilitar su competencia en el ámbito de la lucha contra las inacciones inconstitucionales de las autoridades públicas insumisas frente a los mandatos de la Norma Básica.

3. Principalmente desde de su renovada composición, puede apreciarse que la Corte Suprema ha comenzado a recurrir más asiduamente a modalidades sentenciales *atípicas;* a modular temporalmente los efectos del control de constitucionalidad que realiza; a tender lazos dialógicos con otros poderes u órganos de los estados nacional o provinciales; a avanzar en terrenos *incómodos* del control de constitucionalidad, como el del

---

Un comentario del fallo puede verse en Víctor Bazán: "La reconfiguración del rol institucional de la Corte Suprema de Justicia argentina y el camino hacia su consolidación como un tribunal constitucional", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008,* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. 25-61, en particular pp. 45 ss.

[53] Cf., *mutatis mutandi*, Pablo Pérez Tremps: "La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina", en *Foro Constitucional Iberoamericano,* n.º 2, abril-junio 2003, Madrid: Universidad Carlos III, Instituto de Derecho Público Comparado (disponible en ‹www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-02art-ppt1.htm›).

[54] Konrad Hesse: *Escritos de Derecho constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2.ª ed., 1992, p. 26.

contralor respecto de las omisiones inconstitucionales (objeto central del presente trabajo); a examinar cuestiones *altri tempi* no justiciables; a acudir a nuevas herramientas interpretativas en el marco constitucional; a depurar la competencia discernida por ley del Congreso en el contexto de los recursos ordinarios de apelación en materia previsional; a deferir en la Cámara Nacional de Casación Penal y los respectivos tribunales provinciales competentes la revisión amplia de los casos en materia criminal; a diseñar un estándar más exigente para habilitar su competencia originaria; a abrir vías de participación popular que conduzcan a una mayor democratización y transparencia del debate judicial en cuestiones dilemáticas y de envergadura constitucional, generando una atmósfera propicia para elaborar precedentes imbuidos de sustentable ejemplaridad; a insistir en calificar como "eminente" el ejercicio de la jurisdicción constitucional a su cargo y a predicar sobre la necesidad de fortalecerse institucionalmente y vigorizar la independencia judicial.[55]

4. En lo específicamente relacionado con la verificación y la corrección de la inconstitucionalidad por omisión, como hemos afirmado en otras ocasiones,[56] la Corte deberá conducirse movida y convencida de la utilidad del diálogo institucional constructivo y no desde la insularidad o el confinamiento a la hora de tomar decisiones de trascendencia pública. Cuenta para ello con herramientas suficientes para tender provechosas líneas de contacto con la ciudadanía y también con el Congreso, el Poder Ejecutivo y otros órganos constitucionales.

No parece superfluo tener presente que la *independencia* judicial en el ejercicio del control de constitucionalidad —Nino *dixit*— no quiere decir aislamiento del proceso político democrático, sino contar con fuerza independiente para intervenir en él, en una interacción discursiva, de modo de maximizar su valor epistémico y su operatividad.[57]

Es preciso, entonces, que el alto tribunal se mueva guiado por un *activismo prudente,* que al tiempo de asegurar el cumplimiento de su rol esencial de preservación de la supremacía constitucional y la protección de los derechos fundamentales —como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional en el orden interno— mantenga indemne la estructura del Estado, la división de poderes, la autoridad democrática del legislador y su libertad de configuración política.

5. A esta altura del desarrollo del Estado constitucional de derecho en Argentina, si bien es importante la tarea de *defensa* de la Constitución que la Corte Suprema realiza, se espera además de ella que —como cabeza de un poder del Estado— intensifique su actitud proactiva en aras de *realizar* la Ley Básica, para garantizar su densidad

---

[55] Sobre el particular, para ampliar véase Víctor Bazán: "La jurisdicción constitucional en Argentina: actualidad y prospectiva", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 13, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 33-88.

[56] Puede consultarse, por ejemplo, Víctor Bazán: "Las omisiones legislativas inconstitucionales y su posible corrección: entre la tensión y el diálogo del Poder Judicial y el Congreso", en Jorge Gentile (coord.): *El Poder Legislativo*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional y Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2008, pp. 905-935.

[57] Carlos S. Nino: *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 705.

normativa, tonificar su contenido axiológico y potenciar su supremacía junto a la de los instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos.[58]

6. Las modestas y seguramente incompletas líneas que dan forma a este trabajo solo buscaron enfatizar que el desiderátum de que la Ley Fundamental supere definitivamente la fase declamativa y alcance su vinculatoriedad jurídica plena en la dinámica de funcionamiento efectivo del Estado constitucional *debe dejar de ser una utopía o una cándidamente vana expresión de deseos*.

[58] *Mutatis mutandi*, Ahumada Ruiz ha explicado sobre el particular que el papel de los tribunales constitucionales en el período de asentamiento de un nuevo régimen constitucional patentiza la necesidad de "defender" la Constitución, "de afirmar su supremacía en una etapa en la que, inevitablemente, por su falta de arraigo, está más expuesta al riesgo de interpretaciones interesadas o, directamente, por rechazo o por desconocimiento, de incumplimiento, es más acuciante. Pero cuando la oposición a la Constitución deja de ser un peligro inmediato, su garantía puede —por fin— plantearse en otros términos: no se trata simplemente de preservar la integridad de la Constitución, se trata más allá de esto de asegurar su eficacia, su cumplimiento activo, en definitiva, su 'realización' (*implementation*, *fulfilment*)" (Marian Ahumada Ruiz: *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Navarra: Universidad de Navarra, Garrigues Cátedra y Thomson-Civitas, 2005, p. 51).

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, PP. 179-191, ISSN 1510-4974

Délton Winter de Carvalho (Brasil)*

Legitimação e instâncias constitucionais para o gerenciamento dos riscos ambientais no ordenamento jurídico brasileiro

RESUMO

A consolidação de uma nova forma de conflituosidade ambiental, decorrente dos efeitos colaterais do êxito técnico-científico da Sociedade Industrial, acarreta a necessidade e, consequentemente, a institucionalização do futuro como um tempo a ser levado em consideração pelo Direito em suas decisões (presentes). O sistema constitucional brasileiro e sua textura normativa mostram um comprometimento com a tutela das futuras gerações, exigindo, para tanto, a gestão dos riscos ambientais. O presente trabalho visa não apenas descrever o conteúdo e os parâmetros constitucionais para esta gestão do risco ambiental e sua declaração de ilicitude, como também oferecer uma descrição das esferas estruturais competentes para a realização desta filtragem seletiva no Estado Democrático Ambiental.

Palavras-chave: gestão do risco ambiental, interesses coletivos, dano ambiental, responsabilidade do Estado, administração pública, controle jurisdicional, Brasil

ZUSAMENFASSUNG

Die Konsolidierung einer Umweltkonfliktivität neuer Art als Folge der Nebenwirkungen des wissenschaftlich-technischen Erfolgs der Industriegesellschaft macht es erforderlich, die Zukunftsdimension in die (gegenwärtigen) Rechtsentscheidungen einzubeziehen und dementsprechend zu institutionalisieren. Das brasilianische Verfassungssystem und sein Normengeflecht sind dem Schutz der künftigen Generationen verpflichtet und bestehen deshalb auf dem Management von Umweltrisiken. Der vorliegende Beitrag beabsichtigt, über die Beschreibung der Inhalte und verfassungsmäbigen Vorgaben für das genannte Management der Umweltrisiken und der in ihrem Rahmen ausgesprochener Verbote hinaus eine Beschreibung der für die Durchführung dieses Auswahlverfahrens in einem demokratischen Umweltstaat zuständigen Strukturbereiche anzubieten.

* Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Direito Público pela UNISINOS. Advogado e consultor jurídico. ‹deltonwc@via-rs.net›

Schlagwörter: Management des Umweltrisikos, Kollektivinteressen, Umweltschädigung, Verantwortung des Staates, öffentliche Verwaltung, gerichtliche Kontrolle, Brasilien

ABSTRACT

The collateral effects of the technical and scientific success of the industrial society have led to the consolidation of a new form of environmental conflict. In consequence, the law must make provision for the future and current court rulings must take it into account. The Brazilian constitutional system and its normative texture show a commitment to the protection of future generations and therefore the management of environmental risks is required. This paper describes the constitutional standards for managing environmental risks and declaring them unlawful and also the structural spheres with authority to implement this selective screening in the Environmental Democratic State.

Keywords: environmental risk management, collective interests, environmental damage, State liability, public administration, jurisdictional control, Brazil

1. Introdução

O *risco* é a *culpa* do nosso tempo! Trata-se de uma *culpa* assumida e gerida antecipadamente. O risco começa a ocupar o espaço que outrora era composto apenas pela culpa e pelo dano na dogmática jurídica moderna. Assim como a culpa, o risco, na Sociedade Contemporânea, permite a análise reflexiva acerca dos critérios para a responsabilização por condutas e frustrações de expectativas asseguradas pelo Direito.

No entanto, enquanto a culpa (reflexo de uma sociedade burguesa e da tradição canônica herdada da idade média) e o dano nos remetem ao passado, o risco nos lança ao futuro. O risco nos obriga a refletir sobre a nossa responsabilidade em assegurar e garantir o interesse das futuras gerações a ter acesso aos recursos naturais e a gozarem de uma qualidade ambiental assegurada constitucionalmente.

Portanto, não deixa de ser o risco, paradoxalmente, a culpa dos nossos tempos, alternando entre uma tentativa de gerir a nossa responsabilidade pelo comprometimento do futuro e a institucionalização de um compromisso com este. Neste pêndulo de construção de observações, e, portanto, de vínculos com o futuro, o risco consiste na face construtiva de uma Sociedade que se propõe refletir sobre as decisões presentes e suas repercussões em curto, médio e longo prazo. O *risco* é, assim, a forma de desparadoxizar e lidar com a *culpa* de nossa Sociedade de comprometer (ou não) o futuro com novas ameaças, tais como o aquecimento global, poluição dos oceanos, biotecnologia, comprometimento dos solos, florestas e recursos hídricos, entre outros exemplos contemporâneos de riscos globais.

O presente trabalho, portanto, se propõe percorrer e descrever a estruturação e a sustentação constitucional para a formação de um sistema de dimensão decisória não apenas consolidada no passado, mas, sobretudo, no futuro (riscos). Nesse sentido, não podem ser olvidadas a imprecisão e a indeterminação de qualquer expectativa lançada

sobre o futuro, que é sempre incerto. Imprecisão esta que não é alheia ao termo e aos interesses a serem atribuídos às *futuras gerações*.

A partir dessa perspectiva, o papel da Constituição na gestão dos riscos ambientais consiste, precisamente, em delimitar sua institucionalização (ordem de preventividade) e consolidar os aportes operacionais primários para a consolidação de uma *justiça intergeracional*.

No primeiro ponto deste estudo, enfrentar-se-á a institucionalização constitucional da comunicação jurídica do risco ecológico e sua abrangência semântica e funcional. Em seguida, descrever-se-á a capacidade estrutural para a operacionalização de um sistema de gerenciamento de riscos ambientais pelo Direito Ambiental Constitucional brasileiro.

A impossibilidade de previsão do futuro deve ser, contudo, racionalizada, no Estado Democrático de Direito, a partir de um sentido constitucional. O presente texto se propõe, por tudo isso, *revelar* o processo construtivo e constitutivo da "visão" do Direito acerca dos interesses a serem resguardados sob a *textura axiológica da normatividade constitucional*.

2. A inserção da gestão dos riscos ambientais como ressonância constitucional às alterações estruturais havidas na Sociedade de Risco

Em nítida reação às alterações havidas na *nova sociedade industrial,*[1] há a inserção da gestão dos riscos ambientais como ordem constitucional, a partir da institucionalização do direito das futuras gerações ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A Constituição Federal atribui ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a forma e a condição institucional de um novo direito fundamental, descrito como uma nova necessidade social de "preservação da Natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico".[2] Trata-se da tutela da qualidade ambiental como condição para a qualidade de vida.

O direito fundamental ao meio ambiente detém uma racionalidade dúplice na positivação jurídico-constitucional quanto à natureza e âmbito deste direito, desdobrando-se em (i) um direito subjetivo ao ambiente, sem se desvincular da sua condição de (ii) bem jurídico coletivo.[3] Há, assim, um direito fundamental ao meio ambiente que se configura subjetiva (direito individual ao ambiente) e objetivamente (transindividual), a um só tempo.

---

[1] Termo adotado por Niklas Luhmann em seu artigo: "The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History". *In*: *Journal of Law and Society*, v. 15. n. 2, 1988, sendo assim possível uma aproximação com a Sociedade de Risco (Pós-Industrial) proposta por Ulrich Beck em sua obra: *Risk Society*: Towards a New Modernity, London: Sage, 1992.

[2] Nesse sentido, cf.: Silva J.A.: *Direito Ambiental Constitucional.* 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 58.

[3] Canotilho J.J.G. (coord.): *Introdução ao Direito do Ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1998, pp. 27-29.

O direito ao meio ambiente, como um direito subjetivo, leva a uma *primeira geração de problemas ecológicos* que tem como objeto a proteção de seus elementos constitutivos (tais como poluição das águas, ar, solo).[4] Estes problemas de primeira geração encontram-se ligados à "prevenção e controlo da *poluição*, das suas causas e dos seus efeitos […], e à subjetivação do direito ao ambiente como *direito fundamental ambiental*".[5]

Já numa segunda geração, os problemas ecológicos extravasam a consideração isolada dos seus elementos constituintes, passando a formar uma noção global dos efeitos combinados e duradouros da degradação ambiental. Esta geração decorre de uma maior "sensitividade ecológica mais sistêmica e cientificamente ancorada", necessária para lidar com problemas ambientais decorrentes dos *efeitos combinados* dos vários fatores de poluição e das suas implicações globais e duradouras, bem como da *relevância do comportamento das gerações atuais e sua capacidade de comprometer "os interesses das gerações futuras"*.[6] Aqui o sujeito relevante já não é apenas a pessoa ou os grupos, passando a ser também o "sujeito geração".[7]

Acompanhando tal evolução histórica, o texto constitucional brasileiro estabelece que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações" (art. 225). Assim, a Constituição brasileira mostra-se orientada por uma dupla dimensionalidade jurídico-normativa, fortemente comprometida, não apenas com uma primeira dimensão dos problemas ambientais, mas, acima de tudo, dando grande ênfase à tutela dos problemas ecológicos de segunda geração.

Diante de tais descrições acerca da existência de duas dimensões de direitos ambientais fundamentais, pode ser dito que o texto constitucional do art. 225 da Constituição Federal do Brasil apresenta-se comprometido tanto com a tutela das situações de prevenção e repressão à poluição (*caput*, § 2º e § 3º) – primeira geração de problemas ecológicos e ambientais – como com os "efeitos combinados e duradouros da degradação", numa segunda geração de interesses ambientais [*caput – "futuras gerações"*, § 1º, I – "*preservar* […] *processos ecológicos essenciais*", V – "controlar a produção, comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que *comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente*", VII – "[…] *vedadas* […] *as práticas que coloquem em risco sua função ecológica*"] (grifos nossos).

Esses problemas ecológicos de segunda geração detêm uma constituição fundada na *globalidade* e na *transtemporalidade* dos efeitos colaterais ambientais colocados em causa pelo surgimento da formatação social específica da Sociedade de Risco.

---

[4] Canotilho: "O Direito ao ambiente como direito subjetivo." *In*: *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 177.

[5] *Idem*: "Direito Constitucional Ambiental Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português". *In*: Canotilho, J.J.G; Leite J.R.M. (orgs.): *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 01-03.

[6] *Ibidem*, pp. 01-03.

[7] Canotilho: "O Direito ao ambiente como direito subjetivo." *In*: *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 177.

Observa-se que, em razão de *magnitude* e constante *irreversibilidade* das degradações produzidas pela Sociedade de Risco, faz-se necessária a antecipação aos danos ambientais por meio de um sistema de gerenciamento dos riscos ambientais pelo Direito Ambiental. Esta atribuição de uma tutela jurídica das futuras gerações, a fim de evitar a concretização futura de danos ambientais, é guiada pela *trilogia estrutural do Direito Ambiental Contemporâneo*, ou seja, por uma interação entre os princípios da *equidade intergeracional*, da *prevenção* e da *precaução*.

Há, dessa forma, uma imposição constitucional para que os riscos ambientais sejam geridos com o escopo de que sejam prevenidos os *danos ambientais futuros, considerados estes todos os riscos que, por sua probabilidade e magnitude, venham a ser declarados ilícitos por atingir os interesses ambientais das futuras gerações.*[8]

Assim, tomando em consideração a impossibilidade de imunização aos riscos na Sociedade Contemporânea, tem-se a necessidade de ponderação decisória para esta declaração de aceitabilidade ou não. Apesar da imprecisão semântica quanto aos destinatários da locução *futuras gerações*, a utilização desta locução se revela em uma *técnica retórica* muito apropriada para fins de incrementar o âmbito comunicacional das catástrofes e para a tomada de consciência ambiental, servindo de critério para a aceitação ou não dos riscos[9] ambientais pelo Direito Ambiental.

Nesse sentido, a consolidação da tutela dos interesses das futuras gerações como *imposição constitucional de vínculos obrigacionais intergeracionais* passa a depender da estruturação de processos *seletivos* e da filtragem do risco ambiental, atribuindo profundo destaque às organizações que detêm competência para este gerenciamento.

3. As esferas institucionais competentes para o gerenciamento dos riscos ambientais no Estado Democrático de Direito

3.1. Gerenciamento administrativo dos riscos ambientais:

Após assentar a institucionalização do meio ambiente como um direito fundamental em suas duas gerações, necessário se faz lançar nossa análise sobre as estruturas competentes para a tarefa de não apenas reparar e controlar *danos*, mas também gerenciar *riscos* que tenham a capacidade de atingir os interesses juridicamente tutelados das futuras gerações. Assim, a formação de uma comunicação do risco ambiental, assumida constitucionalmente, se trata de um processo de *racionalização das incertezas*[10] em direção à formação de uma *cultura das incertezas*[11] no Direito.

---

[8] Carvalho: *Dano ambiental futuro*: a responsabilização civil pelo risco ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

[9] Luhmann: *Risk*: a sociological theory. New Jersey: Aldine Transactions, 2002, p. 31.

[10] Giorgi: *Direito, Tempo e Memória.* São Paulo: Quartin Latin, 2006, p. 234.

[11] Beck: *Incertezas Fabricadas*: entrevista com Ulrich Beck. *In*: *IHU online,* ‹www.unisinos.br/ihu›(22.05.2008), p. 12.

O sistema constitucional para gerenciamento dos riscos ambientais organiza-se numa dupla dimensão da filtragem seletiva dos riscos, ou seja, numa dupla dimensão de estruturas seletivas capazes de analisar, avaliar e gerir os riscos ambientais. As organizações envolvidas nesta seletividade dúplice dos riscos ambientais consistem na Administração Pública e no Judiciário. Essas organizações detêm uma relevante função de fomentar o acoplamento estrutural e a integração co-evolutiva dos diversos diálogos policontextuais que marcam os aspectos econômicos, políticos, jurídicos e técnico-científicos da gestão dos riscos ambientais.

Assim, pode ser dito que "a Política é sempre mais a destinatária de prevenções de minimizações do risco, de redução do risco a níveis toleráveis". No entanto, não apenas as decisões políticas assumem forma jurídica, como a própria Política, agora, descarrega sobre o Direito "o risco de suas decisões".[12] As organizações administrativas têm grande relevância na gestão preliminar dos riscos ambientais, uma vez que se apresentam como esferas de decisão mais sensíveis às questões multidisciplinares que envolvem estes riscos.

Na dogmática do Direito Administrativo se diz que "o ato administrativo representa a primeira manifestação da vontade estatal".[13] Por isso mesmo podemos afirmar que, em regra, a primeira esfera para o gerenciamento dos riscos ambientais consiste na Administração Pública, que, por meio dos seus órgãos ambientais componentes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA,[14] tem condição de atuar na linha de frente para a regulação do risco ambiental. E este gerenciamento administrativo dos riscos ambientais se dá por meio de mecanismos e instrumentos, tais como as regulações administrativas, o licenciamento ambiental, autorizações administrativas, o Estudo de Impacto Ambiental – EIA, Relatório de Impacto ao Meio Ambiente – RIMA, exercício do poder de polícia administrativa, responsabilidade administrativa, celebração de Termos de Compromisso Ambiental – TCA e Termos de Ajustamento de Conduta – TAC, entre outros.

Dentre esses, destacam-se o Estudo de Impacto Ambiental – EIA – e a avaliação de riscos ambientais. Enquanto o primeiro consiste em um instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente de natureza constitucional (art. 225, § 1º, IV, da CF;[15]

---

[12] Giorgi: *op. cit.*, p. 235.

[13] Cirne: *Princípios de Direito Administrativo.* 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 222.

[14] O SISNAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente foi criado pela Lei nº 6.938/81 e consiste nos "órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental", sendo, nos termos do art. 6° da referida lei, estrutura no Conselho de Governo (órgão superior), no Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA (órgão consultivo e deliberativo), na Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República (órgão central), no Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA (órgão executor), nos órgãos ou entidades estaduais (órgãos seccionais), órgãos ou entidades municipais (órgãos locais). Tal estrutura administrativa tem a função, portanto, de definição e execução da Política Nacional do Meio Ambiente, em conformidade com a competência federativa e Poder de Polícia administrativa.

[15] "§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (*omissis*) IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade."

art. 9º, III, da Lei nº 6.938/81;[16] art. 5º e 6º, da Resolução do CONAMA nº 01/86[17]) dotado de uma abrangência interdisciplinar ampla da avaliação dos impactos de um empreendimento, o segundo consiste em estudo de abrangência menor, podendo ou não integrar este na análise (pública e transparente) dos riscos ambientais da atividade.[18] As regulações administrativas também desempenham um papel de destaque na Política Nacional do Meio Ambiente, uma vez que correspondem a um importante instrumento de orientação ao Poder de Polícia Ambiental, sobretudo no que tange ao controle dos riscos ambientais, seja pela maior preventividade da esfera administrativa, pela maior especificidade das matérias regulamentadas, pela maior especialidade técnica destas normatizações ou por se tratar de um meio mais dinâmico de regulação. Nesse sentido, destacam-se as resoluções emanadas do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA.[19]

A atribuição da responsabilidade e competência primária da Administração Pública para a gestão administrativa dos riscos ambientais, segundo Richard B. Stewart, se dá pela sua maior capacidade de centralização e de especialização, quando comparada com o Judiciário e com o Legislativo.[20]

Nesse conduto de exposição, enquanto o sistema judicial atua de forma descentralizada, decidindo caso a caso as questões que lhe são colocadas (e, por isso, carecendo de

---

[16] "art. 9º. São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: (*omissis*) III – a avaliação de impactos ambientais."

[17] "Art. 5º. O estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais: […] II – Identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade; III – Definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza […]."

"Art. 6º. O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:

I – Diagnóstico ambiental da área de influência do projeto, completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto […].

II – Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais.

III – Definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas.

IV – Elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos positivos e negativos, indicando os fatores e parâmetros a serem considerados."

[18] Paulo Affonso Leme Machado: "O Princípio da Precaução e a Avaliação de Riscos". *In*: *Direito e Ambiente: Revista do ILDA*. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2008.

[19] O CONAMA consiste no órgão consultivo e deliberativo que constitui o SISNAMA (art. 6°, II, da Lei n. 6.938/81) e reúne, entre as suas competências, "estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos", conforme dispõe o inciso VII, do art. 8°, da Lei n. 6.938/81.

[20] Stewart: "The role of the Courts in Risk Management." *In*: *Law and Environment*: a multidisciplinary reader. Percival, R.V.; Alevizatos, D.C. (coord.). Philadelphia: Temple University Press, 1997. p. 350.

uma maior consistência e coordenação necessárias para uma efetiva regulação preliminar mais difusa), a gestão administrativa dos riscos ambientais, ao contrário, faz-se eminentemente mais centralizada, capaz de estabelecer, desde logo, uma efetividade regulatória por um tratamento igualitário.[21] Em outras palavras, esta primariedade da gestão administrativa dos riscos ambientais decorre do fato de esta esfera ser, eminentemente, mais preventiva e difusa, atuando a partir da prática de seus atos e da emissão de regulamentos administrativos, os quais condicionam o exercício das atividades econômicas.

A segunda característica apontada pelo autor para constatar a primariedade da seletividade administrativa dos riscos, em detrimento das cortes judiciais, consiste na alta capacidade de especialização das esferas administrativas. Assim, enquanto que tal especialização pode se tornar excessivamente onerosa e de alto custo à estrutura judiciária,[22] as esferas da Administração Pública são dotadas de uma maior diversidade de conhecimentos integrados por sua própria natureza. Em termos sistêmicos, pode ser dito que os órgãos administrativos têm uma maior capacidade de promover *acoplamentos estruturais* em seu âmbito entre os diversos diálogos policontextuais que caracterizam os riscos ambientais (econômico, político, jurídico e científico), diante da própria multidisciplinaridade dos seus membros constituintes (administradores, políticos, advogados e cientistas).

O gerenciamento administrativo dos riscos ambientais decorre da crescente "atenção dada ao risco e à sua institucionalização no Estado de Direito", trazendo a necessidade de uma elevação cultural para permitir uma reflexão crítica diante da constatação de que a ignorância e a incerteza passam a compor as decisões políticas.[23] Isso se dá não apenas em razão da complexidade ambiental e das incertezas científicas presentes, mas, também, de a necessidade imposta pelo risco, cada vez mais premente, dos sistemas Político (Estado, ONGs, partidos políticos, sindicatos, etc.) e do Direito em determinarem o presente muito mais pelo futuro do que pelo passado.[24]

A atuação da Administração Pública no Estado de Direito e sua limitação pelo Direito (controle jurisdicional) envolvem tradicionalmente uma dinâmica de ação entre *discricionaridade* e *legalidade administrativa*. Na atuação administrativa de gestão dos riscos ambientais, no entanto, há um incremento na complexidade inerente aos atos administrativos e seu controle jurisdicional, que pode ser descrito tanto sob um ângulo funcional como estrutural. Isto é: o acréscimo da complexidade destes processos decisórios administrativos se dá tanto em razão da nova *função* que lhe é atribuída constitucionalmente no sentido de tutelar os interesses das futuras gerações, como *estruturalmente*, do que decorre a necessidade de estes processos contarem com a *inserção* e *ajuda* prestada por elementos e informações provenientes da *ciência e da técnica*, a orientar/irritar as ações do Estado, em face da importância cada vez maior

[21] *Ibidem*, p. 350.
[22] *Ibidem*, p. 351.
[23] Garcia: *O Lugar do Direito na Proteção Ambiental*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 286.
[24] Luhmann: "The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History". *In*: *Journal of Law and Society*, v. 15. n. 2, 1988, e Maria da Glória F.P.D. Garcia: *op. cit.*, p. 288.

das ações preventivas em contextos de incerteza científica relativamente às relações causais.[25]

3.2. Gerenciamento jurisdicional dos riscos ambientais:

Já o *papel dos Tribunais na gestão dos riscos* consiste no controle (jurisdicional) destes na medida em que "os remédios administrativos não estão disponíveis ou são inadequados".[26] Quando os instrumentos administrativos não existam ou não tenham sido utilizados satisfatoriamente para tais fins (controle de riscos), em violação aos princípios constitucionais da prevenção e da precaução, tem-se, ainda, o exercício jurisdicional da função de gerenciamento e controle dos riscos ambientais no *Estado Democrático Ambiental.*[27] O desenvolvimento dessa função pelo Judiciário se dá por meio de mecanismos tais como o controle e a revisão judicial dos atos administrativos, a responsabilidade ambiental, as medidas liminares de urgência (previstas, no ordenamento brasileiro, no art. 273 do Código de Processo Civil – CPC), medidas preventivas (obrigações de fazer e não fazer, previstas no art. 3º da Lei nº 7.347/85), cumprimento de obrigação de fazer e não fazer (art. 461 do CPC), poder geral de cautela (arts. 798 e 799 do CPC), etc.

A tutela ambiental (regulação dos danos e o controle dos riscos pelo Judiciário) e o incremento dos conflitos envolvendo bens e interesses ambientais passaram a estimular um movimento no sentido de especialização das estruturas judiciárias com a constituição de órgãos de primeiro e segundo grau especializados em Direito Ambiental.[28]

A filtragem e a gestão administrativa dos riscos ambientais não impedem, por isso, a avaliação e o controle do Judiciário acerca da adequação das medidas preventivas impostas e o *dever de preventividade* previsto no art. 225 da Constituição Federal do Brasil e seus princípios, como condição para a garantia da tutela dos interesses das futuras gerações.

A revisão judicial das decisões prolatadas pelo órgão técnico encontra guarida, ainda, no *Princípio da Inafastabilidade do Controle Judicial* em casos de lesão ou ameaça a direito (inciso XXXV do art. 5º, e art. 225, ambos da Constituição do Brasil). Ou

---

[25] Garcia: *op. cit.*, pp. 296-297.

[26] Stewart: *op. cit.*, p. 351.

[27] Canotilho: "Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada". *In*: José Rubens Morato Leite; Heline Sivini Ferreira (Orgs.). *Estado de Direito Ambiental*: tendências. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004; Severo Rocha, L.; Winter de Carvalho,D: "Policontextualidade Jurídica e Estado Ambiental." *In*: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica:* programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS, v. 3. Copetti Santos A.L.; Streck, L.L.; Severo Rocha, L. (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 129-146.

[28] Nesse sentido, há um processo de especialização do Judiciário brasileiro no sentido de criar espaços de decisão especializados em matéria de Direito Ambiental, conforme demonstram, exemplificativamente, os casos das Varas Federais Ambiental, Agrária e Residual no âmbito do primeiro grau da Justiça Federal da 4ª Região em Porto Alegre, Florianópolis e Curitiba (criadas pelas Resoluções n. 54, 55 e 39 do TRF da 4ª Região, respectivamente). Em nível de Justiça estadual, têm-se os casos da Câmara Especial de Meio Ambiente do TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a Vara Especializada do Meio Ambiente e Questões Agrárias -VEMAQA da Justiça Estadual do Estado do Amazonas.

seja, sempre que houver a demonstração de que as atividades autorizadas pelo órgão administrativo produzam riscos intoleráveis ou que as medidas preventivas por este impostas não sejam suficientes para conter os riscos gerados pelas respectivas atividades ou produtos, o Poder Judiciário poderá impor a revogação destas autorizações ou o acréscimo das medidas preventivas. Para tanto, deve haver a *avaliação* da tolerabilidade ou intolerabilidade/aceitabilidade ou inaceitabilidade destes riscos (danos ambientais futuros).

Por essa razão, a gestão dos riscos ambientais encontra-se, outrossim, sujeita à avaliação judicial, quando provocado o Poder Judiciário pelos instrumentos competentes (entre os quais temos, no ordenamento jurídico brasileiro, a Ação Civil Pública, a Ação Popular Ambiental e o Mandado de Segurança Coletivo) e *desde que comprovada a manutenção da intolerabilidade dos riscos* mesmo após a decisão tomada em instância administrativa (seja pela ineficiência da medida adotada em sede administrativa, seja pela total ausência de medida).

O papel dos Tribunais no gerenciamento dos riscos ambientais está diretamente relacionado à capacidade do judiciário de analisar provas técnicas[29] e às decisões técnicas tomadas em âmbito administrativo, cujo conteúdo versa sobre novas tecnologias, metodologias e conceitos científicos. O seu papel, revisando decisões administrativas, não é o de fornecer a resposta correta, mas o de garantir a adequação procedimental e substancial da fundamentação técnica em que a decisão se baseou. Isto é: assegurar que a administração faça uso de todos os meios de que dispõe para gerar registros dotados de profundidade técnica, sem ações "arbitrárias ou caprichosas" e com a garantia do devido processo legal às partes envolvidas.[30]

A exemplo da dificuldade e da impossibilidade do Sistema Jurídico de determinar os riscos ambientais existentes, pois se trata de informações técnico-científicas, o Supremo Tribunal Federal – STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn nº 2.396/MS, constatou que "Não cabe a esta Corte dar a última palavra a respeito das propriedades técnico-científicas do elemento em questão e dos riscos de sua utilização para a saúde da população. Os estudos nesta seara prosseguem e suas conclusões deverão nortear as ações das autoridades sanitárias. Competência do Supremo Tribunal Federal circunscrita à verificação da ocorrência de contraste inadmissível entre a lei em exame e o parâmetro constitucional".[31] No entanto, tal constatação não significa que os Tribunais não possam designar a tolerabilidade ou intolerabilidade (ilicitude) dos riscos ambientais frente aos valores constitucionalmente assegurados (interesses das futuras gerações), ou como a própria decisão menciona, "o parâmetro constitucional".

Assim, já se alinham diversos julgados no sentido de impor medidas preventivas a partir da expectativa de comprometimento dos interesses das futuras gerações

---

[29] Jasanoff; Nelkin: "Science, Technology, and the Limits of Judicial Competence." *In*: *Science.* v. 214, 11 december, 1981, pp. 1.211-1.215.

[30] *Ibidem,* p. 1.213.

[31] ADIn n. 2.396/MS, Tribunal Pleno – Supremo Tribunal Federal, rel. Min. Ellen Gracie, D.J. de 08.05.2003.

(probabilidade) e da análise da possível irreversibilidade dos danos ambientais ou da magnitude dos riscos ambientais envolvidos. A ver-se:

> Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Licenças Ambientais concedidas pela FATMA. Riscos ao Meio Ambiente. Previsibilidade.
>
> 1. O licenciamento ambiental está fundado no princípio da proteção, da precaução ou da cautela, basilar do direito ambiental, que veio estampado na Declaração do Rio, de 1992 (princípio 15). Faz parte da tutela administrativa preventiva. Visa à preservação seja prevenindo a ocorrência de impactos negativos ao meio ambiente, seja mitigando-os ao máximo com a imposição de condicionantes ao exercício da atividade ou a construção do empreendimento, de molde a atingir o primeiro objetivo da Política Nacional do Meio Ambiente, ou seja, conciliar o desenvolvimento econômico com a preservação.
>
> 2. A necessidade de profissionais habilitados para o licenciamento ambiental é medida que se impõe em casos que tais, ante a importância de ser resguardados os potenciais naturais. *O mero risco de dano ao meio ambiente é suficiente para que sejam tomadas todas as medidas necessárias a evitar sua concretização. Isso decorre tanto da importância que o meio ambiente adquiriu no ordenamento constitucional inaugurado com a Constituição de 1988 quanto da irreversibilidade e gravidade dos danos em questão, e envolve inclusive a paralisação de empreendimentos que, pela sua magnitude, possam implicar em significativo dano ambiental, ainda que este não esteja minuciosamente comprovado pelos órgãos protetivos.*[32] (grifamos)

Para tanto, há a necessidade de ser incrementada a capacidade técnica dos Tribunais, lançando mão de corpos multidisciplinares de peritos (*expertises*) a fim de orientar os julgadores quanto aos problemas de ordem técnico-científica, bem como facilitar o diagnóstico das questões e informações substanciais.[33] Assim, as informações e descobertas científicas sobre avaliação dos riscos ambientais devem servir de base para as decisões judiciais.[34] No entanto, a *credibilidade científica* das informações que compõem os pareceres técnicos, necessária para sua *validação* e *valoração jurídico-probatória,*[35] dependerá do atendimento aos princípios da *excelência*, da *independência* e da *transparência*[36] (destes pareceres e seus peritos).

---

[32] Agravo de Instrumento n. 2007.04.00.020136-0/SC, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Relator Alcides Vettorazzi, julgado em 18.02.2009.

[33] Jasanoff; Nelkin: *op. cit.*, p. 1.214.

[34] *Ibidem*.

[35] Sobre a relação entre credibilidade científica e validade probatória para o Direito, ver o nosso: *Dano ambiental futuro*: a responsabilização civil pelo risco ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. pp. 106-108.

[36] Nesse sentido aponta o parágrafo 159 da decisão prolatada pela primeira instância da Corte Europeia de Justiça – CEJ, sediada em Luxemburgo, processo T 131/99 – Pfizer Health S.A. *vs*. Conselho da União Europeia, julgamento de 11.09.2002. Disponível em: ‹http://curia.europa.eu/jurisp›.

Os litígios envolvendo riscos à saúde humana e ao ambiente, cada vez mais presentes nas cortes judiciais, demonstram uma clara dificuldade dos Tribunais de analisar informações técnicas. Isso pode ser visto em litígios que envolvam a análise de provas e controvérsias científicas e sobre novas tecnologias. As constantes divergências que atingem o Judiciário, sob a perspectiva da *incerteza científica,* aumentam a complexidade da prestação jurisdicional na análise da magnitude dos riscos, da aptidão de determinadas metodologias de análise, da credibilidade de determinadas informações, etc. Este contexto de *hipercomplexidade* da regulação jurisdicional dos riscos ambientais se dá pela necessidade, enfrentada pelos Tribunais, de analisar e decidir a partir das "melhores informações científicas existentes"[37] ou, ao menos, informações *cientificamente ancoradas.* Para tanto, a intolerabilidade dos riscos depende da análise das circunstâncias particulares de cada caso individual, tomando em consideração a gravidade do impacto na saúde humana (ou ao meio ambiente) onde o risco tenha lugar, incluindo a extensão dos possíveis efeitos adversos, a persistência e a reversibilidade destes efeitos, a possibilidade de efeitos retardados tanto quanto a percepção (de maior ou menor concretude) do risco, baseando-se no conhecimento científico disponível.[38]

Tais lides não demonstram apenas uma necessidade de sensibilização do Judiciário ao conhecimento científico, como constata o fracasso dos processos políticos em (*i*) reconhecer os personagens envolvidos na ciência moderna e no desenvolvimento tecnológico, (*ii*) formar uma política de controle dos riscos e (*iii*) estabelecer prioridades e avaliar a demanda coletiva, levando a uma sobrecarga do Judiciário num processo "artificial" de decisões baseadas na litigância bipolar.[39] Isso mostra a relevância de uma integração policontextual da gestão política e jurisdicional dos riscos ambientais.

4. Considerações finais

Por conseguinte, as necessidades impostas ao Direito por uma nova *onda* de conflituosidade social que atinge os Tribunais, formada a partir da necessidade de controlar as ameaças decorrentes do êxito tecnológico, científico e econômico da Sociedade Contemporânea, lançam luzes sobre as condições estruturais e a capacidade funcional do Direito para a gestão dos riscos ambientais.

As alterações estruturais decorrentes da passagem de uma Sociedade de matriz industrial para uma nova formatação de Sociedade Pós-Industrial ressaltam a produção e distribuição de riscos, cada vez mais *globais*, *transtemporais* e *invisíveis*. Nessa dinâmica evolutiva, o Direito institucionaliza um sentido constitucional às futuras gerações como destinatárias (juntamente com a presente geração) do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, diante de sua essencialidade à qualidade de vida. A

---

[37] Jasanoff; Nelkin: *op. cit.*, p. 1.211.

[38] Conforme nos serve de parâmetro o conteúdo do parágrafo 153 da decisão no caso T 131/99 – Pfizer Health S.A. *vs*. Conselho da União Europeia, julgamento de 11.09.2002. Disponível em: ‹http://curia.europa.eu/jurisp›.

[39] Jasanoff; Nelkin: *op. cit.*, p. 1.215.

operacionalização dessa missão constitucionalmente imposta depende, por evidente, da formação de um sistema de gerenciamento de riscos ambientais, a fim de controlar as ameaças apresentadas por uma *explosividade* no desenvolvimento tecnológico e científico contemporâneo.

O sistema jurídico brasileiro, ante a ordem de preventividade apresentada pelo artigo 225 da Constituição, estrutura-se em um *sistema dúplice de filtragem dos riscos ambientais*, com a esfera administrativa e a jurisdicional interagindo numa dinâmica multidimensional de gerenciamento dos riscos ambientais. As especificidades inerentes à atuação da Administração Pública e do Judiciário demonstram uma importante complementariedade nas funções desenvolvidas pela Política e pelo Direito na promoção de uma *justiça intergeracional* estabelecida pela textura semântica constitucional.

A formação, no texto constitucional brasileiro, de uma comunicação de risco a partir da inserção da locução *futuras gerações* como *técnica retórica construtivista*, demonstra os elementos basilares desse sistema jurisdicional de gerenciamento de riscos. Todas as condutas que tiverem o condão de comprometer o direito de acesso das futuras gerações a um ambiente ecologicamente sadio deverão ser submetidas ao parâmetro constitucional para que tais riscos sejam analisados, avaliados e geridos. Apesar de altamente imprecisa a terminologia *futuras gerações*, tem-se nesta a formação de um importante parâmetro constitucional para decisões em contextos de risco. Em outras palavras, tudo que puder colocar em risco a qualidade de vida das futuras gerações e seu direito de acesso aos recursos naturais deve ser objeto de gerenciamento a fim de evitar tal concretização lesiva futura.

A análise dos riscos ambientais e o seu gerenciamento devem desencadear uma maior sensibilização jurídica para a interação deste sistema com os diversos diálogos policontextuais (Economia, Política, Ciência), sob uma legitimação processual (a garantia procedimental de espaços para a análise dos riscos nas esferas administrativa ou jurisdicional) e substancial (análise jurídica da sustentação e credibilidade científica dos *procedimentos*, *metodologias* e *critérios* adotados na análise dos riscos, permitindo a bifurcação decisória entre riscos lícitos ou ilícitos).

Eis, enfim, a força e a função da textura constitucional: formar a devida compreensão sistêmica acerca da imposição constitucional em combate à irresistível *invisibilidade* dos riscos ambientais pós-industriais, os quais insistem em nos remeter a uma *cegueira operacional do Direito* em seu gerenciamento.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, PP. 193-206, ISSN 1510-4974

Francine Machado de Paula (Brasil)*

A inconstitucionalidade do exame criminológico como requisito para a concessão da progressão de regime prisional

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo abordar a inconstitucionalidade da utilização do exame criminológico como requisito para progressão de regime prisional. Nesse sentido, abordaremos os motivos que propiciaram o surgimento deste tipo de exame, bem como a forma em que o mesmo vem sendo realizado, e se podemos ou não dar a ele o caráter de científico tão aclamado por aqueles que defendem a sua manutenção no ordenamento jurídico. Buscaremos, assim, demonstrar sua inconstitucionalidade, seja em razão da inexistência atual de disposição legal expressa para tal imposição, seja em razão da restrição que o exame criminológico causa a direitos elementares, como o da liberdadade de pensamento ou de convicção, bem como da ofensa aos princípios da legalidade, da ampla defesa e do contraditório quando de sua realização.

Palavras-chave: processo penal, exame criminológico, regulação jurídica, responsabilidade do Estado, garantias constitucionais, legislação penal, Brasil.

ZUSAMENFASSUNG

Gegenstand dieser Arbeit ist die Verfassungswidrigkeit des Einsatzes von kriminologischen Untersuchungen als Vorbedingung für eine Erleichterung der Haftbedingungen. Dazu wird auf die Gründe eingegangen, die die Einführung dieser Untersuchung begünstigten, sowie auf die Art ihrer derzeitigen Durchführung. Ebenso wird der Frage nachgegangen, ob ihr die Wissenschaftlichkeit zugebilligt werden kann, wie sie von den Fürsprechern ihrer Beibehaltung in der Rechtsordnung vertreten wird. Dabei wird der Versuch unternommen, ihre Verfassungswidrigkeit nachzuweisen, und zwar aufgrund fehlender ausdrücklicher Rechtsgrundlagen für ihre Durchsetzung, aufgrund der mit der kriminologischen Untersuchung verbundenen Einschränkung von Grundrechten wie dem Recht auf Meinungs- und Überzeugungsfreiheit sowie aufgrund des Angriffs auf die Grundsätze der Gesetzmäbigkeit, der effektiven Verteidigung und des rechtlichen Gehörs während ihrer Durchführung.

---

* Bacharel em Direito e Especialista em Ciências Penais pela PUC Minas. ‹francinedepaula@gmail.com›

Schlagwörter: Strafprozess, kriminologische Untersuchung, rechtliche Regelung, Verantwortung des Staates, Verfassungsgarantien, Strafgesetzgebung, Brasilien.

ABSTRACT

This study deals with the unconstitutionality of using criminological examinations as a requisite for progressing through the stages of the prison regime. It looks at the reasons that gave rise to this type of examination, the way it is being carried out and if it can be endowed with the scientific character hailed by those who defend its place in the legal system. We shall also try to show its unconstitutionality, whether due to the inexistence of any legal provision expressly requiring it or due to the restrictions which the criminological examination imposes on basic rights, such as freedom of thought or of conscience, or the infringement of the principles of legality, the full right of defence and of a contradictory procedure on occasion of its performance.

Keywords: criminal procedure, criminological examination, legal regulation, State liability, constitutional guarantees, criminal law, Brazil.

1. Introdução

Com a alteração da Lei de Execução Penal, promovida pela Lei 10.792/03, que não mais dispôs expressamente acerca da realização do exame criminológico para a progressão de regime durante o cumprimento de uma pena privativa de liberdade, várias foram as discussões que surgiram acerca do assunto. Assim sendo, pergunta-se: diante do silêncio do legislador, estaria ou não o preso vinculado ao resultado de um exame criminológico para que a seu favor seja concedida uma progressão de regime?

De acordo com o atual artigo 112 da Lei de Execução Penal (LEP), para que seja dado ao preso o direito da progressão torna-se necessária a comprovação de dois requisitos, a saber: o cumprimento de 1/6 da pena e a comprovação de um bom comportamento carcerário, abonada pelo diretor do estabelecimento.

A título de ilustração, vale apenas ressaltar que antes do advento da citada Lei que modificou a LEP em 2003 o antigo artigo 112 continha expressamente em seu parágrafo único a possibilidade de realização do exame criminológico para comprovação da cessação da periculosidade do condenado, apenas quando necessário.

Embora não mais exista tal previsão legal, vale-nos aqui destacar que já existe atualmente projeto de Lei – PL 1294/2007 – em tramitação no Congresso Nacional para que haja o retorno da obrigatoriedade da realização do exame para a concessão do direito à progressão. Ocorre, contudo, que, apesar de a LEP não exigir mais a realização do exame criminológico, este vem sendo realizado em alguns casos como requisito para que uma possível progressão de regime prisional seja concedida.

O que nos cabe aqui analisar é a forma em que tal exame vem sendo realizado, bem como a sua validade científica, se é que podemos dar a ele tal caráter. Seria tal exame constitucional? Seria tal exame capaz de nos dar uma resposta segura acerca de uma futura e possível reincidência por parte daquele que está cumprindo uma

pena privativa de liberdade, ou seria ele apenas um instrumento de poder capaz de excluir por um tempo ainda maior do meio social pessoas previamente rotuladas como inadaptáveis ou perigosas para viver neste meio? Tais perguntas se pautam nas hipóteses que buscaremos discutir a partir de então.

2. O exame criminológico e os requisitos para progressão de regime exigidos pela lei de execução penal

O surgimento do exame criminológico remonta ao final do século XIX, quando Cesare Lombroso, pela primeira vez, afirmou sua necessidade como instrumento capaz de detectar o grau de periculosidade de determinados indivíduos tidos como criminosos potenciais, ou que possuíam uma "personalidade voltada para o crime".

Assim sendo, a Criminologia passou a se utilizar de métodos científicos para analisar a conduta de determinados delinquentes e, através de saberes como a Psiquiatria, a Psicanálise e a Psicologia, começou a estudar a personalidade do indivíduo, estabelecendo com isso o seu quadro clínico para a provável (re)incidência ou não em condutas criminosas, momento este em que o fato criminoso praticado perdeu sua relevância face à detectação de uma suposta periculosidade do agente.

Atualmente previsto no art. 8º da Lei de Execução Penal, o exame criminológico representa, num primeiro momento, uma das etapas consistentes na individualização da execução da pena privativa de liberdade, decretada anteriormente em sentença penal condenatória irrecorrível. A partir dele, busca-se conhecer o indivíduo, recolhendo o maior número de dados possíveis sobre sua personalidade.

De acordo com estudos organizados na Europa pela ONU, no ano de 1951, o exame em apreço deve conter:

> [...] (a) um *exame biológico* (físico em geral, que permitirá conhecer a oportunidade de exames especializados, os quais poderão ser o exame físico complementar praticado por um neurologista, o exame radiológico, o de radiologia clínica, o endocrinológico e o eletroencefalográfico); (b) um *exame psicológico*, que permite medir as faculdades, as aptidões e as realizações mentais, e descrever as características da personalidade; (c) um *exame psiquiátrico*, que não aspira a resolver as questões de enfermidade mental e responsabilidade criminal, senão aclarar os matizes da personalidade e do comportamento, que só o psiquiatra pode compreender, e, finalmente; (d) um *exame social*, realizado por um assistente social, cuja missão é conhecer a vida social do delinquente, participar de sua integração e contribuir para o tratamento.[1]

Como podemos perceber, o exame é realizado por meio de um trabalho conjunto, desenvolvido por uma Comissão Técnica de Classificação, mais conhecida como CTC.

[1] Thompson. *Quem são os criminosos?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p.29.

Ocorre, contudo, que embora exista este exame criminológico, propriamente dito e previsto no art. 8º da LEP, por qual passam todos aqueles condenados à pena privativa de liberdade no início de seu cumprimento, poderá o mesmo também ser realizado em momento posterior para se analisar, por meio de um parecer denominado "parecer criminológico", a possibilidade ou não de uma progressão de regime prisional, que terá por base a suposta cessação ou não da periculosidade do agente.

Temos, assim, a possibilidade de realização de dois exames criminológicos no decorrer da execução de uma pena. Uma no início do seu cumprimento, para individualizar a execução penal, e outra, sobre a qual neste traballho nos deteremos, para a concessão da progressão de regime, que deverá estabelecer se o condenado voltará ou não a praticar um novo crime.

O que vale aqui dispor é que a LEP, dentre seus dispositivos, elenca a possibilidade de progressão de regime para o preso, desde que sejam atendidos dois pressupostos expressamente instituídos, que são: o cumprimento de 1/6 da pena — desde que não se trate daqueles crimes tidos como hediondos[2] — e a comprovação de um bom comportamento carcerário por parte do agente.

Ocorre, contudo, que desde o ano de 2003, em que houve a supressão legal do exame criminológico como requisito para a concessão da progressão de regime, a jurisprudência tem se manifestado no sentido de que embora tenha o legislador, numa alteração, suprimido a obrigatoriedade do exame criminológico do texto da lei, sua análise pelo juízo da execução é facultativa, devendo o mesmo se utilizar de seus resultados — desde que o faça de forma fundamentada — para impedir a progressão de regime do preso. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça pacificou tal entendimento com a elaboração da Súmula de número 439, que apesenta a seguinte redação: "Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada".

Assim, é-nos apresentada a seguinte hipótese: mesmo já tendo cumprido 1/6 ou, dependendo do caso, 2/5 ou 3/5 de sua pena e não tendo praticado nenhuma falta grave no decorrer do seu cumprimento, apresentando portanto um ótimo comportamento carcerário, não terá o preso direito à progressão, devendo permanecer todo o tempo referente à sua condenação dentro do sistema prisional, se o mesmo for considerado perigoso aos olhos dos que sobre ele exercem o poder da investigação.

O primeiro ponto que nos cabe indagar é a legalidade de uma decisão que nega a progressão de regime para o preso com base em um exame criminológico, uma vez preenchidos os requisitos legais para sua concessão, quando a LEP nada diz a respeito de sua realização, nem sequer acerca de uma faculdade de realização do mesmo.

O novo entendimento do STJ se atém ao fato de que, desde que motivada a decisão, o exame pode ser exigido. Ou seja, mesmo que não previsto em lei, o preso pode ser, e na maioiria dos casos será, submetido a uma avaliação de sua personalidade, avaliação esta que, dependendo dos resultados, pode impedi-lo de exercer o seu direito à

[2] Costa. *Exame Criminológico*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.89.

progressão. Temos com isso a nova máxima dos Tribunais: desde que fundamentado, tudo é válido e legal.

Vale dispor, contudo, que a Constituição da República elenca entre as garantias do cidadão, em seu art. 5º, II, o direito de ninguém ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei, tendo recepcionado de forma geral o princípio da legalidade.

A partir disso, já temos uma total incongruência face à Constituição em relação à exigibilidade da realização do exame criminológico e à vinculação do seu resultado a uma possível decisão de progressão de regime. Deve ficar claro que pelo princípio da legalidade ninguém pode ter um direito restringido sem que exista uma lei possibilitando tal restrição, sob pena de convivermos sob o manto de uma total insegurança jurídica. Ninguém pode ter o cumprimento de uma pena agravada, mesmo que a decisão para tal seja fundamentada, sem que haja um dispositivo legal que assim o permita.

Ora, apesar de alguns afirmarem que a intenção do legislador ao não mais dispor expressamente acerca da realização do exame criminológico para a progressão de regime, não foi a de acabar com a possibilidade de sua realização, assim não pensamos. Caso esta fosse sua vontade, teria mantido a antiga redação do parágrafo único do antigo art. 112 da LEP, que possibilitava a realização do mesmo nos casos em que este se apresentasse como necessário. Assim não o fez, havendo, portanto, uma flagrante ilegalidade e inconstitucionalidade quando o mesmo é realizado e vinculado o seu resultado à negação do direito à progressão.

Além disso, como veremos a seguir, por mais que ainda fosse prevista a faculdade de realização do exame, em alguns casos, seu resultado ainda assim não poderia ser tomado como algo absoluto, por não estar envolto pelo caratér da cientificidade, embora no discurso se afirme o contrário. O que temos com o exame criminológico não passa, na verdade, da utilização de um discurso de saber-poder, que faz com que a "ciência" dite os rumos de um futuro que, embora no discurso se diga cientificamente previsível, jamais poderá ser, ao menos para o conhecimento humano.

3. O saber psiquiátrico e o poder que advém desse saber

O exame criminológico para progressão de regime representa atualmente um dos pontos nevrálgicos da relação que pode existir entre o saber jurídico e o saber psi. A elaboração de laudos acerca da personalidade do condenado, visando-se estabelecer um conhecimento científico a seu respeito e acerca de seus futuros atos, ultrapassa os limites da ciência para engendrar no mundo do desconhecido no momento em que se busca ditar a capacidade de alguém voltar ou não a delinquir, o que, dependendo dos resultados, pode garantir o retorno do preso à sociedade, ou mais propriamente dito, uma progressão do regime fechado para o semi-aberto, ou ainda, quem sabe, a concessão de uma possível liberdade condicional.

Os rumos da execução da pena, portanto, encontram-se absolutamente vinculados à Psiquiatria ou à Psicologia. Essa fusão entre o saber jurídico e o saber psiquiátrico

remonta ao século XIX, quando do surgimento de movimentos que buscavam explicar o crime através da análise de fatos pregressos da vida do indivíduo. Assim sendo, suas atitudes passadas, sua hereditariedade, seus vínculos sociais, suas supostas enfermidades, passaram a ser julgadas como critério determinante para a prática de um delito. Investiga-se a causa que teria levado o indivíduo a delinquir, e a partir disso os meios para controlá-lo.[3]

A medicina passou, portanto, a ser o braço direito do Direito Penal, na medida em que é a grande responsável por diagnosticar todo o passado de um indivíduo e, a partir disso, o "perigo" existente dentro dele. A medicina passou a construir uma "verdade científica" e, a partir dessa "verdade", a vincular a Execução Penal, pois se é científico, é confiável. Diagnostica-se a periculosidade do condenado que, por ainda ser considerado perigoso aos olhos de alguns, provavelmente voltará a delinquir, sendo assim afastado por um tempo ainda maior da sociedade sob a justificativa, é claro, do tão famigerado discurso da defesa social. Salo de Carvalho, nesse sentido, nos atenta para o fato de que:

> Não se deve olvidar que sob o signo da segurança, adjetivada por expressões abstratas como coletiva, nacional ou pública, ergueram-se os principais regimes autoritários. Em prol da Defesa Social, nota-se a tolerância institucional às ilegalidades contra os direitos do cidadão. A falsa dicotomia entre o social e o individual sustentou Estados de terror e legitimou guetos totalitários de exclusão como as instituições prisionais.[4]

O que nos interessa aqui é discutir até que ponto seria válido um diagnóstico cujo fim precípuo é estabelecer a possibilidade de reincidência de um condenado. Seria ao menos plausível, para não dizermos possível, falarmos em "instrumento técnico-científico" ao nos referirmos ao exame criminológico, como muitos o denominam, quando com ele se busca prever um futuro? Uma mera previsão poderia tomar contornos de cientificidade para garantir uma progressão de regime ou, quem sabe, a expedição de um alvará de soltura?

Assim dizemos porque o que se busca com o denominado exame criminológico para progressão de regime é justamente isso. Por meio de critérios absolutamente subjetivos, uma equipe formada por psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, avaliam a personalidade do preso, se ele está ou não arrependido do fato criminoso que praticou e se poderá ou não praticá-lo novamente, passando a ditar assim todo o rumo de uma execução penal com base em uma mera probabilidade, em uma possibilidade de um comportamento futuro. Temos, porém, que ciência alguma é capaz de afirmar qual será o comportamento de alguém num determinado momento do tempo. Ciência

---

[3] Para os crimes considerados hediondos, previstos na Lei 8.072/90, a progressão de regime só será permitida quando o agente cumprir 2/5 da pena aplicada, se primário, ou 3/5, se reincidente, conforme dispõe o art.2º, §2º da referida lei.

[4] Foucault. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 35.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p.19.

alguma é capaz de dizer que determinado indivíduo, ao retornar à sociedade, voltará a praticar um novo crime, ou a reincidir em sua conduta anterior.

Este não parece ser, porém, o pensamento atual e um tanto quanto famigerado dos nossos Tribunais, que insistem em se utilizar do selo de verdade absoluta atribuído ao saber psi para ditar o destino de um condenado com base em um exercício de mera futurologia, já que uma vez solicitada a realização do exame para averiguar a possibilidade de progressão de regime do preso, seu resultado deverá obrigatoriamente ser acatado pelo juízo da Execução.[5]

Temos que o que se busca com tais exames, na verdade, é justamente dotá-los do caráter de "científicos", pois uma vez assim considerados paira sobre os mesmos a ilusão de uma neutralidade que na maioria dos casos não existe.

3.1. O exame criminológico como mecanismo de exclusão e o preconceito escondido entre as linhas dos laudos

O que nos vale neste instante examinar é até que ponto tal exame pode ser considerado neutro. Será que a partir do momento em que se dá a ele o caráter de "científico" seus resultados são capazes de demonstrar apenas a real periculosidade de alguém, se é que isso seja possível, ou por trás dele podem existir julgamentos éticos ou de valores arraigados na vivência dos profissionais responsáveis por sua elaboração?

Como sabemos, nossa sociedade é dividida em classes, mostrando-se o Direito Penal como um dos grandes instrumentos capazes de proteger os interesses daqueles que detém um determinado poder econômico. As classes inferiores são sempre subjulgadas e punidas por seu modo de ser, de pensar, de agir. Estabelece-se um modelo padrão, ao qual se encaixam os detentores do poder econômico, e todos aqueles que não se encontram padronizados sob este enfoque são considerados como diferentes, como inimigos, como seres perigosos. Tem-se no diferente uma ameaça, e para esta ameaça deve existir sempre algo que a neutralize. Podemos observar, desse modo, a utilização de dois tipos diferenciados de tratamento penal "(a) um para os infratores que pertencem às camadas socialmente aptas para a convivência e (b) outro para aqueles que não pertencem a elas".[6]

Desse modo, a existência de um estereótipo criado pela sociedade como um todo, com a massiva participação da mídia, é capaz de orientar e conduzir a aplicação da lei penal que, via de regra, recai apenas sobre aquele setor mais desfavorecido socialmente.

Augusto Thompson, ao tratar do assunto, nos alerta para o fato de que noventa e cinco por cento dos presos integram a classe menos favorecida da sociedade.[7] A partir desses dados, costuma-se chegar à "lógica" conclusão de que ser pobre significa ser

---

[5] Carvalho. *Pena e Garantia*. 3ª ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juirs, 2008, p.191.

[6] De acordo com as orientações do STJ, o exame criminológico é facultativo, porém, uma vez realizado, seu resultado deverá vincular a decisão do juiz em relação à concessão ou não da progressão de regime. Vale aqui ressaltar, contudo, que, embora este seja um posicionamento adotado pelo STJ, não há nenhum dispositivo legal que obrigue o juiz a acatar o resultado do laudo.

[7] Zaffaroni. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.101.

também criminoso, de que o crime nada mais é do que uma manifestação direta das classes sociais mais baixas. Assim, uma vez estabelecidos os modelos dos possíveis cometedores de atos delituosos, a máquina repressiva é ajustada de modo a atacar e excluir esses possíveis descumpridores da lei da sociedade; porém agora se vale de um instrumento muito mais seguro, eficaz e "humano", por ser dotado do caráter da cientificidade — cientificidade essa capaz de prever até mesmo o imprevisível.

Vale-nos indagar, porém, se os técnicos responsáveis pela elaboração destes laudos que atestam a periculosidade ou não do condenado estão ilesos a todos estes tipos de julgamentos e preconceitos existentes em relação a uma determinada classe social. Podem estes laudos emitir um parecer confiável acerca do caso, ou seriam eles apenas instrumentos de arbitrariedade e estigmatização? Analisa-se o condenado, mas quem analisa o "analisador"?

Cristina Rauter, ao abordar alguns casos em que foi requerido o exame para comprovação da cessação da periculosidade de alguns condenados, nos atenta para o fato de que, na maior parte deles, o técnico responsável por sua elaboração leva sempre em consideração a condição social do agente, nele engrendando o perigo simplesmente por fazer parte de um setor menos privilegiado da sociedade. Sob esse ponto de vista, vários são os momentos em que vemos expressos nestes laudos expressões tidas como sinônimos de uma periculosidade latente, tais como "pessoa pobre globamente", "o agente viveu no submundo da favela", "possui falas com erros gramaticais", "incapaz de boas respostas".

Além desta base utilizada por alguns técnicos para afirmação da periculosidade do agente, não raras são as vezes em que o próprio delito praticado, e em virtude do qual foi condenado, é levado em consideração para atestar ou não o seu perigo.[8] Nesse sentido, se praticou um crime de natureza grave, certamente possui um personalidade altamente desvirtuada e perigosa. Valora-se sua condição social e, como se não bastasse, valora-se mais uma vez o ato praticado, que deveria ser levado em consideração apenas no momento da aplicação da pena e não mais como condição de possibilitar ou não a progressão de regime. Desse modo, explícito está o caráter estigmatizante e excludente do exame criminológico, que muito longe está de se encontrar à mercê de impressões subjetivas dos profissionais que o realizam, apresentando-se o mesmo apenas como uma forma mais justificável e menos desumana, por ter em si o selo da cientificidade, de manter fora da sociedade pelo maior tempo possível os indesejáveis de sempre.

4. A periculosidade como critério de conceito indeterminado

Como exposto no decorrer do texto, o exame criminológico para o fim de concessão da progressão de regime tem por fim fornecer ao juízo da execução um retrato fiel da personalidade do preso, o que indicará a possibilidade deste voltar ou não a delinquir.

---

[8] Thompson. *Quem são os criminosos?*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p.32.

O que queremos demonstrar, contudo, é que embora o Direito Penal se utilize do critério da periculosidade para fazer recair sobre algumas pessoas as suas consequências, este é um critério absolutamente vago e impreciso.

Dizemos conceito vago e impreciso, porque ao realizar o exame criminológico, psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais precisam afirmar se a periculosidade do condenado cessou ou não; ou seja: os técnicos cientistas estabelecerão por meio de um laudo a possibilidade de o preso voltar a delinquir se a ele for concedida a progressão de um regime mais severo para um regime mais brando.

Assim temos que no discurso o que se afirma é a cientificidade do exame, porém não podemos jamais chamar de científico algo que não passa de uma previsão, de uma probabilidade, de um exercício de futurologia, pois ninguém é capaz de analisar com alguma certeza a possibilidade de quem quer que seja praticar um delito, ou voltar a reincidir em uma conduta anterior. O que temos que perceber, como bem destaca Virgílio Mattos, é que:

> A lei infraconstitucional denuncia, ao mesmo tempo, a noção de periculosidade como um conceito inoperável juridicamente, pois a exigência de um atestado qualquer, em forma de laudo de ausência de periculosidade, de que qualquer um de nós jamais representará risco para a sociedade é absurda. O risco é inerente à sociedade e não pode nunca ser eliminado.[9]

O que vemos estampado neste exame, portanto, é a utilização de um Direito Penal de autor, de um Direito Penal do inimigo, em substituição ao Direito Penal de ato[10] que, ao prever de antemão a periculosidade de alguns agentes, possibilita o aumento do tempo de cumprimento de uma pena em regime integralmente fechado em razão simplesmente de um prognóstico feito acerca da personalidade do condenado, ou seja, suprime-se um direito em razão de um modo de ser ou de pensar do indivíduo.

Ocorre, contudo, que todo e qualquer exame, em especial o criminológico, que tenha por objetivo medir a capacidade de alguém voltar a delinquir é absolutamente inconstitucional. Inconstitucional porque, em razão de sua subjetividade, não é passível de contestação em juízo. Se o saber psi é o grande responsável pela elaboração dos laudos, tendo seus técnicos o conhecimento científico necessário para avaliar tais casos, como aqueles que não possuem tal conhecimento poderão negar seus resultados?

Uma vez constatada a personalidade ainda perigosa do condenado no exame criminológico, cabe ao juiz apenas acatá-lo com o fim de negar ao mesmo uma progressão de regime. Dificilmente outro saber poderá ir contra os resultados obtidos e, ocorrendo isso, temos uma ofensa flagrante aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Uma vez dado o resultado, ninguém mais contra ele poderá se impor, mesmo que o preso tenha um ótimo comportamento carcerário e já tenha cumprido o

---

[9] Ibrahim. *Previsibilidade de Comportamento do Apenado: uma missão totalmente impossível.* Anais do III Congresso Ibero-Americano de Psicologia Jurídica, 1999, p.136.

[10] Mattos. *Crime e psiquiatria: uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança.* Rio de Janeiro: Revan, 2006, p.153.

quantum necessário de sua pena para ter direito à progressão. Temos assim que, mesmo se tal exame fosse capaz de prever um acontecimento futuro, como alguns afirmam ser, ainda assim seria inconstitucional por não possibilitar, dado seu caráter subjetivo, refutação sob o aspecto probatório.[11]

Além disso, pode-se observar que:

> A situação é mais grave na medida em que os juízes adotam os laudos como fundamento das decisões negatórias, violando ainda a garantia da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF e também no art. 59, parágrafo único, da LEP). A função do juiz fica reduzida a acolher os laudos e, com isso, há a perigosa fundição do modelo jurídico com o discurso da psiquiatria. E o perigo está no excesso de subjetivismo, pois o discurso jurídico é refutável, mas o da psiquiatria não. É a ditadura do modelo clínico.[12]

Outro ponto que não podemos deixar de expor é a forma como tais exames são realizados. Na maioria das vezes, naqueles locais em que não existe uma equipe multidisciplinar formada para realizar o exame o condenado é levado à unidade prisional mais próxima para que tal realização seja possível, sendo o condenado com isso submetido a uma avaliação por pessoas que o veem pela primeira vez.[13] Ora, temos aqui algo absolutamente ilógico. Como avaliar se alguém deixou ou não de ser perigoso, se isso realmente é possível, sem nunca ter tido nenhum tipo de contato anterior com esse alguém? Seria isso possível?

Além disso, temos que no momento da realização do exame o preso é submetido a uma situação absolutamente desconhecida, em que suas respostas, embora ele acredite serem as certas para o momento, podem levar à construção de um parecer totalmente desfavorável à sua condição. Como salienta Rauter, "[...] um não em psicanálise pode ser entendido como um sim, uma discordância como mera resistência".[14]

Ainda devemos alertar para o fato de que o preso tem o direito constitucional de não produzir prova contra si mesmo, e de permanecer em silêncio quando assim o desejar, sem que isso seja utilizado em seu desfavor.[15] O que ocorre, contudo, é que tal silêncio costuma ser interpretado pelos técnicos como algo negativo, como um não arrependimento em relação ao delito praticado pelo agente.

---

[11] Como bem destacam Zaffaroni e outros: "Este direito penal supõe que o delito seja sintoma de *um estado do autor*, sempre inferior ao das demais pessoas consideradas normais. Tal inferioridade é para uns de natureza *moral* e, por conseguinte, trata-se de uma *versão secularizada de um estado de pecado jurídico*; para outros de natureza mecânica e, portanto, trata-se de um estado *perigoso*". (Zaffaronil et al. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2ªed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.131).

[12] Carvalho. *Pena e Garantia*. 3ªed. rev e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juirs, 2008, p.132.

13 Lopes Júnior. "A (im)prestabilidade jurídica dos laudos técnicos na execução penal". *Boletim IBCCRIM*, ‹http//: www.ibccrim.com.br› (25/08/2010).

[14] Ibrahim. *Previsibilidade de Comportamento do Apenado: uma missão totalmente impossível*. Anais do III Congresso Ibero-Americano de Psicologia Jurídica, 1999, p.135.

[15] Rauter. *Criminologia e Subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.99.

Outra questão a ser colocada, e não menos importante, é a consideração daquilo que se encontra nos autos do processo como uma verdade absoulta acerca dos fatos. Se o condenado apresenta quando da realização do exame uma versão distinta daquela formulada em juízo e na qual se baseou sua condenação, isto será considerado em seu desfavor.[16]

Como já tivemos a possibilidade de expressar, as pessoas que hoje se encontram submetidas a uma pena privativa de liberdade pertencem em sua maioria esmagadora ao setor menos privilegiado da sociedade, o que raramente lhes torna possível contratar profissionais que possam realizar uma defesa efetiva de seus direitos em juízo. Se esse quadro é o que geralmente encontramos, como tomar os autos do processo como uma verdade absoluta, quando não podemos falar nem sequer na garantia de uma defesa efetiva?

A lógica é, portanto, além de excludente, extremamente perversa, pois além de o avaliado não ter sequer a possibilidade de conhecer os métodos científicos de avaliação aos quais será submetido, ainda precisa confirmar todas as versões dos autos, independentemente do modo como estas foram obtidas. Arma-se, assim, a armadilha, cujo objetivo é sempre pegar os mais desavisados e, por óbvio, menos favorecidos.

5. A inconstitucionalidade decorrente da função atribuída à prevenção especial positiva

Como sabemos, a Constituição Federal, em seu art. 5º, incisos IV, VI e VIII, garante a todos a liberdade de consciência e de pensamento, o que abrange, portanto, a liberdade referente a valores éticos, morais e religiosos de qualquer indivíduo. Se isso é garantido a cada um como um direito, por que restringi-lo em relação ao preso até que nele sejam infiltrados determinados valores tidos por alguns como corretos? Seria legítimo dar à prisão a função de provocar uma transformação na personalidade do condenado, se o mesmo tem direito a uma autonomia moral?

Dizemos isso porque o que se busca com a realização do exame criminológico para progressão de regime é a comprovação de que o preso já absorveu os valores da instituição, mostrando-se assim ressocializado. Temos a prisão como o local destinado a realizar uma legítima "lavagem cerebral" de forma a construir no condenado uma personalidade adequada ou similar àquela anunciada pela classe hegemônica. Os valores éticos e morais precisam ser aqueles seguidos pelo "homem modelo", pelos representantes da classe dominante.

Assim sendo, a manutenção do condenado por um tempo ainda maior no cárcere, sem que a ele seja possibilitado o direito de cumprir um regime menos severo, passa a ser justificada por sua não regeneração, por ainda não ter se arrependido de seu ato.

---

[16] Lopes Júnior. "A (im)prestabilidade jurídica dos laudos técnicos na execução penal". *Boletim IBCCRIM,* ‹http//: www.ibccrim.com.br› (25/08/2010).

Ocorre, contudo, que não cabe ao Direito, e muito menos ao Direito Penal, impor determinados tipos de condutas ou comportamentos a ninguém. Cada um tem o direito constitucional de ser aquilo que quer, de pensar o que deseja, de ser mau ou bom por excelência, sob pena de cairmos numa grande armadilha que confunde Direito e Moral. Desse modo, como relata Luigi Ferrajoli:

> O Estado, além de não ter o direito de obrigar os cidadãos a não serem ruins, podendo somente impedir que se destruam entre si, não possui, igualmente, o direito de alterar – reeducar, redimir, recuperar, ressocializar etc. – a personalidade dos réus. O cidadão tem o dever de não cometer fatos delituosos e o *direito* de ser internamente ruim e de permanecer aquilo que é.[17]

Embora esta seja uma regra clara, e que deve ser observada por um Estado que se diga Democrático e de Direito, não parece ser esse o entendimento atualmente defendido. Isso porque ainda hoje se tem permitido negar a progressão de regime a condenados pelo simples fato de eles não se mostrarem recuperados, sendo lá o que isso signifique. Assim sendo, por se mostrarem fora dos padrões éticos e, portanto, serem "diferentes", ainda não podem se juntar aos "iguais".

O que temos que perceber é que o Direito Penal nada mais é do que uma ordem reguladora de condutas e não de personalidades humanas, não podendo, portanto, se utilizar de determinados instrumentos de poder, como é o exame criminológico, para restringir direitos elementares dos cidadãos. Não cabe ao Direito Penal impor determinados pensamentos éticos ou morais a ninguém, sob pena de ferir o âmbito de autodeterminação do indivíduo. Como bem nos lembra Zaffaroni:

> O argumento é claro e convincente, dentro do esquema em que é oferecido, isto é, para uma teoria moral, mas ocorre que o direito não é uma teoria moral, e sim jurídica. A análise ética (no sentido aristotélico) tem conteúdo e não é facilmente retorquível, e, se o for, não é tarefa dos penalistas".[18]

Destarte, temos por inconstitucional qualquer tipo de exame que tenha por fim analisar a interioridade do indivíduo com o objetivo de introjetar no mesmo valores predeterminados. A utilização de toda esta política de "correção" ou de "regeneração", decorrente da função de prevenção especial positiva atribuída à pena, não se coaduna com a liberdade moral e ética dada como direito a todo e qualquer cidadão. Não podemos mais considerar o crime como um mal que deve ser curado a todo e qualquer custo, sob pena de limitarmos totalmente e de forma direta garantias e direitos do condenado previstos em âmbito constitucional.

---

[17] Rauter. *Criminologia e Subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.99.

[18] Ferrajoli. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 208.

6. Conclusão

Diante de todo o exposto, temos que o exame criminológico nada mais é do que um jogo de previsões futurológicas que dá vazão a decisões que, embora no discurso se digam pautadas em um saber científico, não passam de meras deduções ou suposições que se unem à máquina repressiva estatal para excluir por um tempo ainda maior do meio social todos aqueles rotulados como inadaptáveis e incorrigíveis pelos que exercem o poder. Esses exames não passam de instrumentos que visam conter todos aqueles tidos como inimigos fora da sociedade, pelo maior tempo possível.

Ocorre, contudo, que a manutenção da possibilidade de realização deste exame, sendo ela facultativa ou não, não pode prosperar em razão de sua clara inconstitucionalidade. A exigência do exame criminólogico para progressão de regime é inconstitucional por agravar a situação do condenado, suprimindo-lhe direitos, sem que exista nenhuma previsão legal para sua realização, o que como já abordamos, viola o princípio da legalidade. Inconstitucional, ainda, porque não pode ser contestado em juízo, já que representa uma verdade absoluta atestada pelo saber psi, o que contraria o princípio da ampla defesa e do contraditório. Por derradeiro, o exame também é inconstitucional por ter a finalidade de investigar a personalidade do preso, impedindo-o de progredir de regime simplesmente por não pensar e não agir de acordo com um modelo ético e moral imposto por uma minoria, o que fere o direito à autonomia moral e ética do condenado.

Não podemos permitir, portanto, a utilização num Estado de Direito de critérios indenifidos, vagos e, sob o ponto de vista probatório, incontestáveis, para agravar a situação do cumprimento de pena de qualquer condenado. Não podemos deixar de lado todas as suas garantias em prol de prognósticos teoricamente científicos que na realidade se expressam apenas como meros instrumentos de estigmatização e de exclusão. Não podemos nos conformar com a ideia, por fim, de que decisões sejam tomadas sob o amparo de avaliações cuja cientificidade é absolutamente duvidosa, no sentido de negar uma progressão de regime para o preso quando já cumpridos os requisitos legais expressos em lei de cunho temporal e comportamental, sob pena de agirmos, com isso, em flagrante inconstitucionalidade.

Referências bibliográficas

Carvalho, Salo de. *Pena e Garantia*. 3ªed. rev e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juirs, 2008.

Costa, Álvaro Mayrink. *Exame Criminológico: execução penal*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais. 2006.

Foucault, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão.* 24.ed. Petrópolis, Vozes, 2001.

Ibrahim, Elza. *Previsibilidade de Comportamento do Apenado: uma missão totalmente impossível*. Anais do III Congresso Ibero-Americano de Psicologia Jurídica, 1999.

Lopes Júnior, Aury. "A (im)prestabilidade jurídica dos laudos técnicos na execução penal". *Boletim IBCCRIM*. Disponível em: ‹http//:www.ibccrim.com.br›.

Mattos, Virgílio. *Crime e psiquiatria: uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança.* Rio de Janeiro: Revan, 2006.

Rauter, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil.* Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Thompson, Augusto. *Quem são os criminosos?* 2ªed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

Zaffaroni, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Zaffaroni, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2ªed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Zaffaroni, E. R.; Pierangeli, J. H. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 7ª ed. rev. e atual. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Zaffaroni; Pierangeli. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 7.ed. rev. e atual. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.524.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, PP. 207-226, ISSN 1510-4974

César Landa (Perú)*

El proceso de amparo en América Latina

RESUMEN

El amparo es un proceso que sirve para proteger los derechos fundamentales cuando son violados y constituye un aporte de América Latina al desarrollo del derecho procesal constitucional. Sin embargo, su judicialización a través de las instancias del Poder Judicial o mediante los tribunales constitucionales ha puesto en evidencia que el amparo puede ser concebido como un noble sueño o una pesadilla. Un noble sueño en el entendido de que reposa en una concepción liberal y privatista del proceso, vinculada al quehacer de la justicia ordinaria, llevada a cabo en principio por los tribunales o cortes supremas que remontan a duras penas las ineficiencias e injusticias del proceso privado. Una pesadilla cuando se funda en una concepción objetiva y garantista del proceso, que desarrollan sobre todo —y muchas veces pretorianamente— los tribunales constitucionales, los cuales en general vienen cumpliendo un papel protagónico en la tutela efectiva de los derechos fundamentales y en la defensa de la supremacía constitucional.

Palabras clave: protección de los derechos fundamentales, proceso constitucional, amparo, control constitucional, legitimación, jurisprudencia, América Latina.

ZUSAMENFASSUNG

Das Verfassungsschutzverfahren dient dem Schutz der Grundrechte, wenn diese verletzt werden, und stellt einen lateinamerikanischen Beitrag zur Weiterentwicklung des Verfassungsprozessrechts dar. Seine Judizialisierung durch die gerichtlichen Instanzen oder die Verfassungsgerichtsbarkeit hat jedoch deutlich gemacht, dass die Verfassungsbeschwerde ein edler Traum, aber auch ein Alptraum sein kann. Ein edler Traum ist sie aus der Überlegung heraus, dass sie auf einer liberalen, privatrechtlichen Prozesskonzeption beruht, die mit der Tätigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit verbunden ist und normalerweise von den obersten Gerichten oder Gerichtshöfen wahrgenommen wird, welche dann mit Mühe und Not die Unvollkommenheiten und Ungerechtigkeiten des Privatverfahrens ausgleichen. Dagegen ist sie ein Alptraum, wenn sie auf einer objektiven und garantiezentrierten Prozesskonzeption beruht, wie sie vor allem – häufig mit prätorianischer Strenge – von Verfassungsgerichten entwickelt wird, denen in der Regel eine Vorreiterrolle beim effektiven Schutz der Grundrechte und der Verteidigung der Verfassungssuprematie zukommt.

* Expresidente del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. ‹clanda©pucp.edu.pe›

Schlagwörter: Schutz der Grundrechte, Verfassungsprozess, Verfassungsschutzverfahren, Normenkontrolle, Legitimation, Rechtsprechung, Lateinamerika.

ABSTRACT

"Amparo" is a proceeding for the protection of fundamental rights in case of violations and it is a Latin American contribution to constitutional procedural law. Nonetheless, its practical application through the judiciary or the constitutional courts has revealed that it can be understood as a noble dream or as a nightmare. A noble dream in that it is based on a liberal and private law conception of the process, linked to the work of ordinary justice and carried out basically by supreme courts that have a hard time overcoming the inefficiencies and injustices of private law proceedings. A nightmare when it is based on the objective conception of a process for the protection of constitutional rights, carried out mainly —and sometimes in a praetorian manner — by constitutional courts, which have been playing a leading role in the effective protection of fundamental rights and the defence of constitutional supremacy.

Keywords: protection of fundamental rights, constitutional procedure, amparo, constitutional control, legal standing, jurisprudence, Latin America.

1. Premisas

El amparo constitucional es una institución procesal producto del tránsito del Estado de derecho basado en la ley hacia un Estado de derecho basado en la Constitución. Esta innovación aparece modernamente cuando la vieja noción de los derechos públicos subjetivos de creación legislativa, que reconocía los derechos y libertades en los códigos y otorgaba al Poder Judicial su tutela, se transformó en la noción de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, los cuales requieren defensa y protección a través de procesos constitucionales como el amparo, que deben ser resueltos por tribunales constitucionales (España 1931, Alemania 1949).[1] Ello sin perjuicio de que en sus antecedentes europeos existiera un recurso de queja (por ejemplo, en la Constitución Suiza de 1848).

No obstante, fue recién en las postrimerías de la segunda guerra mundial que el Estado constitucional de derecho se afirmó en un conjunto de valores y principios democráticos que otorgan a los derechos fundamentales una naturaleza no solo subjetiva e individual, sino también un carácter objetivo como garante de la persona humana y de su dignidad. Así, el proceso de amparo cumple tanto con tutelar el derecho individual como también los valores institucionales en que se asienta dicho proceso constitucional; tareas que cumplen los tribunales constitucionales o quedan reservadas para las cortes supremas, en última instancia, como intérpretes supremas de la Constitución y guardianas de los derechos fundamentales.

---

[1] Gerhard Leibholz: *Problemas fundamentales de la democracia moderna,* Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971, pp. 145-174; asimismo, Pedro De Vega: *Estudios político-constitucionales,* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, pp. 283-309.

En América Latina, el amparo, entendido como proceso constitucional, no es de larga data. Se incardina en los procesos de modernización democráticos a través de las nuevas constituciones o reformas constitucionales del siglo XX (México 1917, Brasil 1934, Perú 1979, Colombia 1992, Argentina 1994).[2] No obstante, es del caso precisar que desde la época de los imperios español y portugués existieron el amparo colonial y la seguridad real, respectivamente. Pero una vez asentada la vida republicana, durante el siglo XIX, bajo la influencia sajona, se fue incorporando el interdicto del hábeas corpus en nuestra región, desde donde luego se fue consagrando el juicio o recurso de amparo; sin perjuicio del amparo mexicano de la Constitución de 1857 o la de Yucatán de 1840.

Sin embargo, el desarrollo contemporáneo de la justicia constitucional en torno a los tribunales constitucionales o cortes supremas ha hecho del proceso de amparo el mejor indicador para caracterizar el estado de la tutela de los derechos fundamentales en la región latinoamericana. Si bien el amparo ha surgido como un instrumento procesal de fortalecimiento de dichos derechos, también es cierto que en la actual hora democrática existen déficits de institucionalidad estatal y social que llevan a concebir al amparo como un noble sueño o como una pesadilla.[3]

Es un noble sueño en la medida en que los jueces deben aplicar el derecho existente y no crear nuevas normas, aun cuando la Constitución y las layes no ofrezcan una regla determinada para resolver un amparo. Ello supone partir de una noción positivista y normativista del proceso de amparo, que se encuentra regulado por la norma constitucional y legal, las cuales delimitan la función interpretativa del juez constitucional y los alcances de sus sentencias. Usualmente esto se corresponde con una concepción individualista de los derechos que protege el amparo y, en consecuencia, obliga al juez a pronunciarse exclusivamente sobre el petitorio de la demanda —principio de congruencia—, lo que convierte al amparo en un proceso formalista y subjetivo.[4]

Pero, el amparo también se convierte en una pesadilla cuando los jueces y tribunales constitucionales, para declarar el derecho fundamental demandado, crean una norma jurídica que permite resolver la pretensión planteada; aunque no se trate de inventar una norma compatible con la Constitución, sino más bien de identificar la que razonablemente se derive de una disposición constitucional. Ello supone que la norma constitucional sea concebida también como norma histórica y social, lo que permite una labor interpretativa y argumentativa del juez en aras de la tutela del derecho violado, de acuerdo con la realidad de la que emana; así como también reconocer derechos

---

[2] César Landa: "La vigencia de la Constitución en América Latina", en César Landa y Julio Faúndez: *Desafíos constitucionales contemporáneos,* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, pp. 13-23.

[3] Herbert Hart: "Una mirada inglesa a la teoría del derecho americana: la pesadilla y el noble sueño", en VV. AA. *El ámbito de lo jurídico,* Barcelona: Crítica, 1994, pp. 327-350.

[4] Ignacio Díez-Picazo: "Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo", en Ignacio Díez-Picazo, Juan Xiol Ríos et al.: *La sentencia de amparo constitucional. Actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 17-74; asimismo, Juan Montero Aroca (coord.): *Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

colectivos, ampliando la legitimidad de las partes y desarrollando diversos tipos de sentencias y mandatos, incluso con efectos generales o normativos, con alcances no solo para las partes sino también para todos. Ello configura un estatus del juez que lo convierte en una suerte de juez pretoriano, y al amparo, en un proceso garantista y objetivo.[5]

Esto se debe a que "cada concepción de la Constitución lleva consigo una concepción del procedimiento, como toda concepción del procedimiento lleva consigo una concepción de Constitución. No existe un prius ni un posterius, sino una recíproca implicación […]".[6] Por ello, estas dos concepciones jurídicas del proceso constitucional nos recuerdan que la Constitución y el derecho procesal se colocan en una línea de tensión en función de la tutela subjetiva de los derechos fundamentales y la tutela objetiva de la Constitución; tensión en la cual el juez constitucional adopta diversas posturas, a partir de la aplicación y/o la interpretación normativa,[7] que se pone en evidencia en la praxis jurisprudencial y los desafíos de algunos temas centrales del amparo en Argentina, Brasil, Colombia, México y Perú, entre otros países, que presentamos a continuación.

2. Objeto de protección (tutela de los derechos fundamentales)

El amparo tiene como finalidad tutelar los derechos fundamentales violados, pero "los derechos fundamentales se presentan con su 'doble carácter': como derechos subjetivos y como elementos de un ordenamiento objetivo",[8] lo cual hace que el objeto de protección constitucional asuma diferentes formas de concebir los derechos materia de protección. Es precisamente la jurisprudencia la que ha ido sistematizando los derechos fundamentales de tutela constitucional; así, se reconocen derechos fundamentales no solo constitucionales, sino también de configuración internacional, legal e incluso jurisprudencial.[9]

---

[5] Juan Antonio Xíol-Ríos: "Algunas reflexiones al hilo de la ponencia de Ignacio Díez-Picazo 'Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas en procesos constitucionales de amparo'", en Ignacio Díez-Picazo, Juan Xiol Ríos et al.: o. cit., pp. 75-107; asimismo, Jania Maria Lopes Saldanha y Angela Araújo Espindola: "A jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009,* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2009, pp. 311-328.

[6] Gustavo Zagrebelsky: *¿Derecho procesal constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional,* México: FUNDAP, 2004, p. 18.

[7] Gustavo Zagrebelsky: *La giustizia costituzionale,* Milán: Il Mulino, 1977, pp. 39-69.

[8] Peter Häberle: "El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional", en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica,* Madrid: Dykinson, 1997, p. 256.

[9] Francisco Rubio Llorente: "La configuración de los derechos fundamentales en España", en *Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio,* San José (CR): Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, vol. II, pp. 1329-1343.

2.1. Protección amplia

En Argentina se concibe que todo derecho distinto de los que tutelan el hábeas corpus y el hábeas data puede ser amparado, con prescindencia de su fuente normativa constitucional, lo que supone que cualquier derecho de origen legal, administrativo o internacional que pueda ser reconducido a la Constitución es materia de tutela del amparo.[10] Más aún, la protección alcanza a derechos individuales y colectivos —como en el caso del *Corralito financiero,* que tuteló derechos de los consumidores y usuarios—, como también a derechos explícitos o implícitos.[11]

En el Perú, todo derecho distinto de los que tutelan el hábeas corpus, el hábeas data y el proceso de cumplimiento es protegido por el amparo. Pueden ser derechos civiles, políticos, económicos y sociales, de origen constitucional —nominados o innominados, como el derecho a la verdad de un detenido desaparecido, en el caso *Villegas Namuche*—,[12] o de configuración legal o administrativa, y en todo caso derivados de los tratados internacionales.

En la nueva Constitución de la República Dominicana, del 2010, se reconoce al amparo en términos similares al modelo argentino y peruano. No obstante, mediante el proceso de amparo en el Perú se tutela solo el contenido constitucional directamente protegido del derecho invocado.

2.2. Protección intermedia

En Colombia, la acción de tutela protege los derechos fundamentales de manera residual y subsidiaria,[13] frente a la acción u omisión de autoridad o particular. Del mismo modo, en Venezuela y Ecuador protege derechos que la Constitución y los tratados consagran, pero no los creados por una norma legal. Por su parte, la Corte Constitucional colombiana ha establecido:

> [La revisión de las sentencias de tutela provenientes del Poder Judicial] es una atribución libre y discrecional de la Corporación para revisar los fallos de tutela que sean remitidos por los diferentes despachos judiciales, con el fin de unificar la jurisprudencia sobre la materia y de sentar bases sólidas sobre las que los demás administradores de justicia se puedan inspirar al momento de pronunciarse sobre los derechos fundamentales.[14]

---

[10] Néstor Sagüés: "El amparo argentino y su reforma", en Samuel Abad Yupanqui y Pablo Pérez Tremps (coords.): *La reforma del proceso de amparo: la experiencia comparada,* Lima: Palestra, 2009, pp. 24-26.

[11] Corte Suprema de Justicia de la Nación: *Emergencia económica II,* Buenos Aires: Secretaria de Jurisprudencia, 2009, pp. 28-32.

[12] Expediente n.º 2488-2002-HC/TC.

[13] Sentencias T-001-97, T-441/93 y T-003/92.

[14] Alexei Julio Estrada: "Corte Constitucional (Colombia)", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *Crónica de tribunales constitucionales…*, o. cit., p. 135.

Asimismo, la Corte ha delimitado seis tipos de derechos fundamentales a tutelar mediante la acción de tutela: a) los derechos civiles y políticos de aplicación inmediata; b) los derechos fundamentales del título II, capítulo I; c) los derechos de los niños, vida, integridad, salud, seguridad social, alimentación equilibrada, nombre, nacionalidad, a tener familia, al cuidado y amor, educación, cultura, entre otros, que estén establecidos en las leyes y los tratados internacionales; d) los derechos fundamentales innominados, como el mínimo vital; e) los derechos fundamentales conexos, como a la verdad, la justicia y la reparación;[15] f) los derechos fundamentales provenientes de los tratados de derechos humanos y del derecho internacional humanitario.[16]

2.3. Protección limitada

En Brasil el *mandado de segurança* individual protege los derechos constitucionales líquidos y ciertos[17] cuando son violados por acto u omisión ilegal o proveniente del abuso del poder, tal como lo dispone la Ley Federal n.º 12016, del 7 de agosto de 2009. Antes, además, los derechos tutelados debían ser incontrastables, es decir, no interpretables; ahora, si bien pueden ser objeto de interpretación, en cambio, deben estar acompañados de prueba documental preconstituida.[18]

En definitiva, el derecho debe estar previsto en una norma legal y debe ser probado de forma indubitable; salvo en materia tributaria, en la que se dejan márgenes de apreciación judicial; en efecto, no existen en esa circunstancia actos discrecionales absolutamente inmunes al control jurisdiccional.[19] [20] Asimismo, la Constitución reconoce el *mandado de segurança* colectivo para tutelar derechos difusos y colectivos que puedan ser vulnerados por actos y leyes. No obstante, existe una fuerte polémica sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales y el papel del Poder Judicial en su tutela.

En México, en cambio, las llamadas *garantías individuales de igualdad, libertad, seguridad jurídica y propiedad,* que se basan en la dignidad del hombre, son protegidas en el juicio de amparo; por eso existen amparo de la libertad —hábeas corpus—, amparo contra resoluciones judiciales —recurso de casación—, amparo contra leyes —declara la inconstitucionalidad de una norma legal—, amparo como un proceso contencioso-administrativo, y amparo social para proteger derechos agrarios, que incluye la protección de garantías sociales, pero no de derechos de carácter colectivo o difuso, ni implícitos ni derivados de tratados internacionales, proscritos en el clásico juicio de amparo mexicano. En todos estos casos, el juicio de amparo cumple la

---

[15] Sentencia T-821-2207.

[16] Catalina Botero: "La acción de tutela en Colombia: Ajustes necesarios y cautelas indispensables", en Samuel Abad Yupanqui y Pablo Pérez Tremps (coords.): o. cit., pp. 133-140.

[17] Gisele Göes Fernandes: "El abuso del 'mandato de seguridad' en la experiencia brasileña", en Samuel Abad Yupanqui y Pablo Pérez Tremps (coords.): o. cit., pp. 46-49.

[18] *Súmula* 625 STF.

[19] STJ, *Mandado de segurança* 6.166-DF.

[20] José Afonso da Silva: "El mandamiento de seguridad en Brasil", en Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.): *El derecho de amparo en el mundo,* México: Porrúa, 2006, pp. 129-132.

función principal de control de la constitucionalidad, en la medida en que se tutela a la persona como individuo de las relaciones jurídicas entre el gobernado y el Estado y las autoridades.[21]

3. Objeto del control (acto lesivo)

En todo proceso de amparo se debe delimitar no solo el derecho fundamental violado, sino también determinar el acto lesivo materia de control constitucional, lo cual lleva a identificar quién y con qué se puede agraviar los derechos fundamentales del afectado. Al respecto, clásicamente, como los derechos son oponibles al poder, solo cabe que se demanden a la autoridad pública —eficacia vertical—; sin embargo, contemporáneamente también son oponibles a otro particular —eficacia horizontal—, solo que la eficacia puede ser inmediata, dada la fuerza normativa constitucional, o mediata, en la medida en que las normas intermedias hayan precisado su naturaleza jurídica y los actos lesivos materia de protección.[22] Por ello, aquí también se pueden clasificar los tipos de control.

3.1. Control amplio

En Argentina abarca todo acto u omisión de autoridad pública o particular. Se entienden como *acto* la vía de hecho, actos propiamente, acciones, decisiones, órdenes y actos jurídicos, por ejemplo. La omisión genera una orden judicial para que se restablezca el derecho en un plazo, o en la ejecución del hecho omitido. El acto lesivo puede ser emitido por los siguientes:

a. Autoridad pública, entendida como la autoridad, un funcionario o un particular en ejercicio de función pública.
b. Poder Legislativo, al dictar actos administrativos, dictámenes de comisiones parlamentarias, leyes autoaplicativas —es decir, que afectan un derecho directamente sin requerir norma o acto intermedio, aunque con la reforma constitucional de 1994 también cabe contra leyes no autoaplicativas de cumplimiento obligatorio o discrecional—, y cuando hay amenaza de emisión de norma programática simple, es decir, proyectos de ley y ante la omisión legiferante inconstitucional (casos de la *Pesificación* y del *Corralito financiero*, en los fallos *Rinaldi, Massa, Smith, Bustos* y *Galli,* entre otros).[23]

---

[21] Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor: "El derecho de amparo en México", en Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.): o. cit., pp. 472-478.

[22] Pedro De Vega García: "La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la *Drittwirkung der Grundrechte*", en *Derecho,* n.º 46, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre de 1992, pp. 357-375.

[23] Pablo Luis Manili: "Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *Crónica de tribunales constitucionales…*, o. cit., pp. 38-44, donde se da cuenta de los fallos relativos a las medidas gubernamentales financieras y bancarias, que han generado

c. Poder Judicial, respecto al cual cabe el control de los actos jurisdiccionales cuando no hay otro remedio procesal.[24] Corresponde señalar que en el proceso de amparo cabe solicitar una medida cautelar y también cabe el amparo contra el amparo.

En el Perú también procede el amparo contra el hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que viole derechos fundamentales —distintos a los protegidos por el hábeas corpus, el hábeas data y el de cumplimiento—; sin embargo, *prima facie* no cabe contra normas legales ni resoluciones judiciales emanadas de un proceso regular. De manera extraordinaria, el Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han precisado que sí procede contra:

a. Actos jurisdiccionales, en particular contra resoluciones firmes y en la medida en que el hecho y el petitorio se refieran a un derecho con contenido directamente protegido en la Constitución, y que no haya una vía igualmente satisfactoria. En este aspecto, es similar a Venezuela, Guatemala, Honduras y Panamá, con la salvedad de que en estos países el control de las resoluciones judiciales excluye las decisiones de las cortes supremas.[25]
b. Actos del gobierno y de la administración pública, incluso contra actos discrecionales como el indulto[26] o cuestiones políticas como la declaratoria de un estado de excepción.
c. Actos parlamentarios, como las leyes autoaplicativas y los actos no legislativos que afecten derechos fundamentales, como fue el caso de los magistrados constitucionales destituidos arbitrariamente por el Congreso al declarar inconstitucional la ley de la reelección del presidente Fujimori en 1997.[27]
d. Actos particulares, por cuanto también las relaciones jurídicas entre los particulares están sujetas a la Constitución y no solo a la ley, sobre todo si son vínculos asimétricos entre las partes, en materia laboral, de salud, del consumidor, etcétera. En el amparo es procedente solicitar una medida cautelar y también es factible, aunque infrecuente, que se produzca un proceso de amparo contra otro amparo, siempre que el primero no haya sido expedido por el Tribunal Constitucional.

---

más de cien mil amparos contra dichas medidas; motivo por el cual la Corte Suprema ha tenido defensores pero más detractores de sus fallos, por estimar el derecho de los justiciable dentro de los marcos de la estabilidad económico-financiera antes que de la estabilidad jurídica de los agraviados.

[24] Néstor Sagüés: *Compendio de derecho procesal constitucional,* Buenos Aires: Astrea, 2009, pp. 425-436; asimismo, revisar en Corte Suprema de Justicia de la Nación: *Emergencia económica II…*, o. cit., pp. 28-32, 39-73, 83-94, 129-144, 230-243.

[25] Allan Brewer-Carías: "Ensayo de síntesis comparativa sobre el régimen del amparo en la legislación latinoamericana", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* n.º 9, Buenos Aires: Porrúa, pp. 311-321.

[26] Caso *Jaililie Awapara,* expediente n.º 4053-2007-PHC/TC.

[27] Expedientes n.os 0340-1998-AA/TC y 358-1998-AA/TC. Véase César Landa: *Tribunal Constitucional y estado democrático,* Lima: Palestra, 3.ª ed., 2007, pp. 796-804.

Asimismo, en Colombia procede la acción de tutela contra cualquier actuación u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares. En consecuencia, se puede interponer contra: 1) autoridad administrativa, tal es el frecuente caso en materia de pensiones de jubilación y de salud; 2) actos judiciales, lo que ha generado muchas veces el rechazo de la Corte Suprema y del Consejo de Estado y el consiguiente *choque de trenes;* 3) particulares, respecto a los cuales la jurisprudencia ha distinguido entre: a) quien presta función pública; b) cuando quien demanda está en situación de subordinación; c) cuando el demandado es un medio de comunicación social, y d) cuando la conducta del particular afecta grave y directamente el interés colectivo.[28]

3.2. Control intermedio

En México cualquier hecho voluntario y consciente, negativo o positivo, desarrollado por un órgano del Estado, consistente en una decisión, en una ejecución o en ambas conjuntamente, que produzca una afectación de situaciones jurídicas o fácticas dadas y que se imponga imperativamente, da lugar al juicio de amparo. Así, cabe el amparo contra:

a. leyes inconstitucionales que se inaplican al caso concreto sin declaración ni efecto general de invalidez de la ley;
b. resoluciones judiciales, previo examen de legalidad solo de las decisiones firmes o de última instancia, con el límite de las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia; también procede contra procesos extraordinarios por violaciones durante el juicio, cuando se afecte el derecho de defensa del quejoso y contra resoluciones de fondo de sentencias y laudos arbitrales;
c. actos y resoluciones administrativos que sean definitivos de la Administración Pública, cuando afecten derechos de un particular; no obstante, no cabe un juicio de amparo en materia electoral.

Las personas privadas no pueden pedir amparo contra actos de otros particulares, salvo que puedan verse perjudicadas en su calidad de terceros —sujeto pasivo indirecto—; el juicio de amparo prevé la posibilidad de dictar medidas cautelares y así suspender los actos reclamados.[29]

---

[28] Julio César Ortiz: "La acción de tutela en la Carta Política de 1991. El derecho de amparo y su influencia en el ordenamiento constitucional de Colombia", en Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.): o. cit., pp. 237-240; asimismo, Catalina Botero: o. cit., pp. 142-145.

[29] Jorge Carpizo, José Cossío y Héctor Fix-Zamudio: "La jurisdicción constitucional en México", en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.): o. cit., pp. 762-771 y 779-785.

3.3. Control limitado

En Brasil el *mandado de segurança* se incoa contra actos de la autoridad pública y no cabe contra actos de un particular,[30] pero no puede demandarse contra actos administrativos si existe un recurso administrativo con efecto suspensivo, independiente de la caución. Tampoco procede contra decisiones judiciales, salvo en el caso de una sentencia judicial cuya eficacia sea viable suspender —en tanto afecte un derecho líquido y concreto—, que además sea promotora de abusos, desmanes o ilegalidades, siempre que no haya otro recurso ordinario disponible. El *mandado de segurança* no procede contra leyes, proyectos de leyes ni actos administrativos, salvo que por abuso de poder tengan efectos concretos, aunque contra los actos administrativos de origen judicial se discute su procedencia. Cabe señalar también que del total de la carga procesal del Supremo Tribunal Federal los mandatos de seguridad solo fueron el 0,69% en el año 2007, pese a su incremento en los tribunales inferiores.[31]

4. Sujetos del proceso (legitimación)

Clásicamente se han identificado el derecho subjetivo y la acción, de aquí que solo podía ejercitar la acción quien había sido vulnerado en un derecho. Así, el proceso de amparo en principio ordinariamente ha supuesto que el titular del derecho fundamental violado es el titular de la acción; sin embargo, extraordinariamente el juez constitucional —como está orientado, con base en la norma, a proteger los derechos fundamentales de la víctima en un sentido subjetivo del particular, pero también a asegurar el derecho objetivo del orden constitucional— puede otorgar legitimación a quien no es necesariamente el titular del derecho subjetivo,[32] como se puede apreciar a continuación:

4.1. Legitimación amplia

En Colombia la acción de tutela expresa una relación jurídica procesal abierta:

a. *Legitimación activa.* Cualquier persona natural o persona jurídica afectada en sus derechos directa o indirectamente en sus integrantes[33] puede interponer la acción de tutela, directamente o mediante apoderado judicial. Cabe entender que la titularidad alcanza a los menores de edad y a los extranjeros en tanto sujetos de derechos fundamentales violados o amenazados (en el caso de los menores, cualquier persona también puede demandar para proteger sus derechos). Las comunidades indígenas

[30] Luiz Pinto Ferreira: "Os instrumentos processuais protetores dos direitos no Brasil", en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.): o. cit., pp. 427-429.

[31] Virgilio Afonso da Silva: "Supremo Tribunal Federal (Brasil)", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *Crónica de tribunales constitucionales…*, o. cit., p. 95.

[32] Juan Montero Aroca, Juan Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo y Silvia Barona Vilar: *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil.* Valencia: Tirant lo Blanch, 9.ª ed., 2000, pp. 53-79.

[33] Sentencia T-411-99.

también son titulares de la acción de tutela en defensa de sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. La acción de tutela se puede demandar directamente o mediante abogado; también tienen legitimidad para demandar el defensor del Pueblo, los personeros municipales, y la ley autoriza a la agencia oficiosa la defensa judicial cuando el afectado no pueda promover su propia defensa. Se reconoce el rol de apoyo procesal a los *amigos de la corte* (*amici curiae*).

b. *Legitimación pasiva.* Se interpone contra cualquier autoridad pública o particulares.[34]

Cabe también el amparo contra particulares en Bolivia, Chile, República Dominicana, Paraguay, Uruguay y Venezuela, entre otros países.

En Perú, la relación de los sujetos procesales proviene no solo de quien es el agraviado y de quien es el agraviante, sino que también gozan de legitimación para obrar terceras personas e instituciones, dado el carácter flexible del amparo, sobre todo en la tutela de derechos difusos; ello por cuanto opera la presunción procesal *iuris tantum* favorable a la víctima:

a. *Legitimación activa.* La ejerce la persona natural, peruana o extranjera, asimismo, las personas jurídicas privadas, peruanas o extranjeras, en los derechos constitucionales que les sean afectados o amenazados. Sin embargo, surge la cuestión de si la legitimidad alcanza a las personas jurídicas de derecho público. Al respecto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido que sí les corresponde accionar el amparo, pero solo en relación con los derechos fundamentales referidos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. Asimismo, la Defensoría del Pueblo tiene una legitimación institucional, pues está habilitada para la defensa de derechos individuales y sociales, así como puede interponer la acción de amparo cualquier persona cuando se trate de amenazas o violación del derecho al medio ambiente[35] u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos. Por último, cualquier persona puede comparecer en nombre de quien no tiene representación procesal, cuando esté imposibilitado de incoar la demanda, pero una vez superado el *impasse* deberá ratificar la actuación del procurador de oficio; cabe recibir informes del *amicus curiae* y escucharlo en la audiencia oral.

b. *Legitimación pasiva.* La ejerce la autoridad, el funcionario o la persona particular que viola o amenaza un derecho fundamental. Sin perjuicio de ello, la defensa de los intereses del Estado en un juicio se realiza a través de los procuradores públicos, pero tanto el afectado como el demandado pueden comparecer mediante representante procesal. No es necesaria la inscripción de la representación otorgada.

En Argentina se asume el amparo como un proceso bilateral, antes que unilateral de la víctima, frente al Estado y a los particulares, de modo que se regula a los sujetos procesales mediante su calidad de partes procesales, para lo cual requieren:[36]

---

[34] Julio César Ortiz: o. cit.

[35] Caso *Doe Run,* expediente n.º 2002-2006-PC/TC.

[36] Néstor Sagüés: *Compendio*…, o. cit., pp. 507-524.

a. *Legitimación activa.* La demanda de amparo puede interponerla cualquier persona titular de un derecho violado —*legitimatio ad causam*—, pero les corresponde al defensor del pueblo y a determinadas asociaciones cuando se afecten derechos como producto de la discriminación, para tutelar a los usuarios y consumidores, garantizar la competencia, proteger el medio ambiente y los derechos de incidencia colectiva. No obstante, en estos casos se asume que el promotor del amparo colectivo deber ser "afectado" de manera mediata o inmediata. El defensor del pueblo interviene no solo a favor de los derechos sociales, económicos o ambientales violados, sino también en defensa de los derechos individuales. Asimismo, un legislador está habilitado para actuar contra una norma legal siempre que acredite la afectación concreta de un derecho. Los demandantes, sean personas jurídicas de derecho privado o público, requieren de representación legal para actuar, y las personas naturales, cuando lo requieran —por ejemplo, por incapacidad (*legitimatio ad procesum*). Cabe la participación de los *amici curie*.

b. *Legitimación pasiva.* El recurso de amparo se postula contra la autoridad pública o persona particular, sea el autor y/o el responsable del acto lesivo, esto último por cuanto no siempre el autor material o ejecutor del agravio es quien decidió dicho acto lesivo (caso *Kot,* de 1958, con el que además se asentó jurisprudencialmente el recurso de amparo, iniciado con el caso *Siri,* de 1957). En todo caso interviene el fiscal, al menos cuando se debatan derechos y garantías constitucionales y temas vinculados al orden público y asuntos de interés general, como los ambientales. Si bien los terceros no son parte del proceso, podrían incorporarse cuando los efectos de la sentencia los perjudiquen o beneficien.

4.2. Legitimación intermedia

En México se puede calificar a las partes de la siguiente manera:[37]

a. *Sujeto activo.* Es la parte actora, denominada *quejoso* o *agraviado.* Lo constituyen las personas naturales nacionales y extranjeras; los menores de edad y los sujetos a interdicción, pero mediante representante; el ofendido por un delito o las personas que tengan derecho a la reparación del daño o a exigir reparación civil; los ejidatarios —beneficiarios de la reforma agraria—, comuneros —pueblos indígenas— y campesinos; los núcleos de población ejidal o comunal; las personas jurídicas privadas legalmente constituidas; las sociedades extranjeras legalmente constituidas; las personas jurídicas de derecho público cuando se encuentren en el mismo plano del particular y que el acto o la ley objeto de la controversia afecte sus intereses patrimoniales.

b. *Sujeto pasivo.* Es la parte demandada, aquella que lesiona o pretende vulnerar las garantías individuales. Lo conforman las personas físicas; la contraparte del agraviado en un proceso —en materia distinta a la penal— o persona extraña al proceso; el ofendido de un delito o las personas que tengan derecho a la reparación del daño o

[37] Eduardo Ferrer Mac-Gregor: *La acción constitucional de amparo en México y España,* México: Porrúa, 2000, pp. 228-261.

a la responsabilidad civil; la persona que haya gestionado en su favor el acto administrativo impugnado; personas jurídicas privadas en su calidad de terceros perjudicados, pero nunca como sujetos pasivos directos debido a que el juicio de amparo solo procede contra actos de autoridad; personas jurídicas públicas, es decir, los órganos del Estado y sus organismos descentralizados.

4.3. Legitimación limitada

En Brasil el *mandado de segurança* puede ser interpuesto por personas naturales —nacionales y extranjeras— o jurídicas —privadas o públicas— en defensa de los derechos constitucionales líquidos y ciertos, es decir, de carácter subjetivo, y no intereses o derechos difusos ni colectivos, para cuya tutela existe el *mandado de segurança* colectivo. Sin embargo, en el caso de la titularidad de la acción por los organismos públicos, se requiere que tengan prerrogativas o derechos propios que defender, lo que en la práctica supone una forma de resolver conflictos de atribuciones entre organismos públicos, llenando así una laguna normativa para pacificar las controversias entre estas entidades.

Asimismo, la Constitución de 1988 reconoce el derecho de los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, organizaciones sindicales, entidades de grupos o asociaciones legalmente constituidos y en funcionamiento, a ser titulares del mandado de segurança colectivo en contra de leyes y actos que en determinados supuestos vulneren derechos colectivos y difusos.

Finalmente, el Ministerio Público puede actuar como un sustituto procesal en la defensa de derechos colectivos o individuales homogéneos; asimismo, se ha incorporado el rol del amicus curiae —tercero que expresa sus puntos de vista y los efectos probables de un fallo—. No cabe contra actos de un particular, salvo que ejerza actividad delegada de la autoridad; tampoco contra particulares. Esto también sucede en Nicaragua, Panamá y El Salvador.[38]

5. Sentencias (alcances del fallo)

La sentencia de amparo tiene como finalidad tutelar los derechos fundamentales violados. En esa medida, el pronunciamiento judicial final se orienta a dejar sin efecto el acto lesivo. Sin embargo, "toda decisión judicial tiene una dimensión subjetiva, en cuanto resuelve el caso concreto, y una dimensión objetiva, en cuanto sienta un precedente que es susceptible de ser tenido en cuenta en el proceso argumentativo de sucesivas resoluciones sobre idénticos o parecidos hechos",[39] materia dilemática que se aborda en diversos grados de intensidad según se presenta a continuación:

---

[38] Luiz Pinto Ferreira: "Os instrumentos processuais protetores dos direitos no Brasil", en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.): o. cit., pp. 419-420.

[39] Juan Antonio Xiol Ríos: "Alguna reflexiones al hilo de la ponencia de Ignacio Díez-Picazo 'reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas en procesos constitucionales

5.1. Protección amplia

En el Perú, usualmente, la finalidad de la sentencia es la reposición al estado anterior de la violación del derecho fundamental. La sentencia no tiene naturaleza indemnizatoria, pero, cuando ello no es posible debido a que el daño se ha convertido en irreparable, el juez constitucional, luego de apreciar el agravio producido, puede pronunciarse sobre el fondo, estimando la demanda a efectos de exhortar al demandado para que no vuelva a afectar el derecho violado, pues de lo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas, que incluyen multas sucesivas y hasta la destitución, si se trata de un funcionario. La sentencia de amparo genera cosa juzgada constitucional cuando ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional; por ello, jurisprudencial y excepcionalmente, cabe un amparo contra amparo cuando este último, resuelto por el Poder Judicial, haya violado, por ejemplo, los precedentes constitucionales vinculantes.[40]

De otro lado, se puede solicitar la actuación de una sentencia estimatoria de primer grado, aunque haya sido recurrida; asimismo, si la sentencia de segundo grado fuera desfavorable solo para la víctima, esta puede recurrir al Tribunal Constitucional en recurso de agravio, y si se la deniega el Poder Judicial puede acudir directamente en queja al Tribunal. Si se reiterase el agravio declarado en una sentencia de amparo, el afectado puede recurrir a la represión de los nuevos actos lesivos homogéneos, sin necesidad de entablar un nuevo proceso de amparo.

Si bien como regla general las sentencias solo tienen efectos entre las partes de un proceso, también el Código Procesal Constitucional ha previsto en el artículo VII que a la sentencia constitucional que se pronuncie sobre el fondo de la controversia se le pueda otorgar efecto normativo de carácter general —*erga omnes*—; esto sin perjuicio de que los jueces ordinarios están vinculados a la jurisprudencia constitucional en casos similares —*stare decisis*— previstos en el artículo VI *in fine* del CPC.[41] Con base en la autonomía procesal desarrollada por la jurisprudencia constitucional,[42] por un lado, el juez puede realizar de oficio el control difuso no solo de una norma legal, sino también de una norma estatutaria privada, cuando sea necesario para resolver el caso, o, por otro lado, ante la falta de certeza de una violación, el juez puede disponer la supervisión periódica de una eventual afectación a futuro, sobre todo cuando se trata de los derechos a la salud por contaminación del medio ambiente.[43]

---

de amparo'", en *La sentencia de amparo constitucional. Actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates n.º 63, 1996, p. 85.

[40] STC expediente n.º 4853-2004-PA.

[41] César Landa: "Los precedentes constitucionales", en *Justicia Constitucional,* año III, n.º 5, enero-junio 2007, Lima: Palestra, pp. 29-69; revisar también en ese mismo volumen, entre otros, Victorhugo Montoya: "El *stare decisis* constitucional. Entre la vinculación de las sentencias constitucionales y las sentencias vinculantes constitucionales", pp. 71-100.

[42] César Landa: "Autonomía procesal del Tribunal Constitucional", en *Justicia Constitucional,* año II, n.º 4, julio-diciembre, Lima: Palestra, 2006, pp. 63-95; también, en ese volumen, entre otros, Jorge León: "El Tribunal Constitucional y la configuración de su derecho procesal", pp. 29-61.

[43] Caso *Praxair,* expediente n.º 3510-2003-AA/TC.

En Colombia la sentencia del juez de tutela ordena que el demandado actúe o se abstenga de hacer algo de manera inmediata; la sentencia no tiene carácter indemnizatorio, salvo que el afectado no disponga de otro medio judicial y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una clara y arbitraria decisión, en cuyo caso el juez puede ordenar una indemnización en abstracto.

La Corte Constitucional ha establecido que existen tres tipos de sentencias: con efectos solo interpartes; con iguales efectos, pero también aplicable la regla establecida a casos futuros iguales, y con efectos intercomunis; por ejemplo, la tutela a favor de un preso que, por las condiciones carcelarias, es extensible a los demás presos que estén en ese estado de cosas inconstitucionales.[44] Adoptada la decisión judicial en la Corte, se remite la sentencia al juez de primera instancia para que se encargue de la ejecución. En caso de incumplimiento, el agraviado puede ordenar un incidente de desacato y el juez puede incluso disponer el arresto del demandado.[45]

Pero en algunas declaraciones del estado de cosas inconstitucionales, la Corte se ha reservado la competencia de la supervisión de la ejecución del fallo. Por ejemplo, en el caso del desplazamiento forzoso de miles de personas debido al conflicto armado interno, dispuso una serie de medidas de respeto de los derechos fundamentales de los desplazados que debían ser asumidas por el gobierno y, en consecuencia, ordenó que se llevasen a cabo una serie de audiencias públicas para verificar su real cumplimiento.[46] [47]

5.2. Protección intermedia

El complejo juicio de amparo mexicano consagra una clasificación de dichas sentencias en función de dos criterios:

a. El sentido en que se resuelve: sentencias que conceden el amparo; sentencias que niegan el amparo; sentencias que sobreseen el amparo; sentencias que conceden el amparo respecto de alguno o algunos de los actos reclamados y que sobreseen respecto de otro y otros actos reclamados.

b. La controversia resuelta: sobre violación de garantías individuales; sobre violación a los derechos del quejoso, derivados de la invasión de la competencia de la autoridad estatal por autoridad federal; sentencias de amparo que resuelven sobre violaciones de derechos del quejoso, derivados de la invasión de la competencia de la autoridad federal por autoridades estatales; sentencias que resuelven sobre violaciones

[44] T-153/98.

[45] Catalina Botero: o. cit.

[46] T-025 de 2004.

[47] Alexei Julio Estrada: o. cit., p. 139. En efecto, el conflicto interno armado que existe en Colombia desde hace más de cuarenta años ha producido más de dos millones y medio de personas desplazadas internamente, creando un estado de cosas inconstitucional debido al reiterado incumplimiento por las autoridades públicas de un conjunto de políticas públicas que la Corte decidió monitorear en el marco de la ejecución de su sentencia T-025.

o garantías individuales y sobre violaciones a derechos derivados del sistema de distribución competencial entre federación y Estados.[48]

Las sentencias de amparo solo protegen al caso particular demandado y producen efectos que dependen de la clase de sentencia que se haya dictado:[49]

5.2.1. Sentencia concesoria del amparo

a. Si el acto reclamado es de carácter positivo, la sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas que guardaban antes de la violación.
b. Si el acto reclamado es de carácter positivo y el amparo ha tenido por objeto proteger al quejoso contra la invasión de facultades competenciales (artículo 103, fracciones II y III, Constitución Federal), la sentencia que conceda el amparo tendría por objeto restablecer las cosas al estado que guardaban antes de la violación de derechos derivados de la distribución de competencias entre federación y estados, y restituir al quejoso en el goce de esos derechos.
c. Si el acto reclamado es de carácter negativo, el efecto del amparo sería obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir, por su parte, lo que esa garantía exija.
d. Si el acto reclamado era de inminente aplicación y el quejoso logró impedir que se llevara a cabo mediante la suspensión, el efecto de la sentencia de amparo será que la autoridad responsable quede definitivamente impedida de consumar el acto reclamado.
e. Si se trata de una sentencia concesoria de amparo directo, que ha otorgado el amparo contra una violación de procedimiento, el efecto de la sentencia de amparo consistirá en anular la sentencia impugnada en el juicio seguido ante la autoridad responsable y anular los actos del procedimiento violatorio, por lo que debe reponerse el procedimiento a partir de la violación procesal y dictarse nueva sentencia por la autoridad responsable.

5.2.2. Sentencia de sobreseimiento

a. Da fin al juicio de amparo.
b. Se abstiene de emitir consideraciones sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado.
c. Deja el acto reclamado en las condiciones en que se encontraba al promoverse el juicio de amparo.

---

[48] Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. "El derecho de amparo en México", o. cit., pp.502-508.

[49] José Ramón Cossío: "Juicio de amparo. Diagnóstico de posibles soluciones", en Samuel Abad Yupanqui y Pablo Pérez Tremps (coords.): o. cit., pp. 219-220; asimismo, revisar ‹http//www.Bibliojuridica.org/libros/libro.htm?!=911› (enero 2010).

d. Cesa la suspensión del acto reclamado.
e. La autoridad responsable recupera sus posibilidades de acción, de realización del acto reclamado.

5.2.3. Sentencia denegatoria del amparo

a. Declara la constitucionalidad del acto reclamado.
b. Finaliza el juicio de amparo.
c. Le da validez jurídica al acto reclamado.
d. Cesa la suspensión del acto reclamado.
e. Deja el acto reclamado en las condiciones en que se encontraba al promoverse el juicio de amparo.
f. Permite que la autoridad responsable esté en condiciones de llevar a efecto la plena realización del acto reclamado.

En consecuencia, las sentencias de amparo solo se extienden a la parte que lo solicitó (fórmula Otero). No obstante, desde el año 2001 existe un proyecto de reforma constitucional cuyo propósito es otorgar efectos generales a las resoluciones dictadas en las sentencias de amparo contra leyes, cuando existan cuando menos tres ejecutorias supremas uniformes.[50]

5.3. Protección limitada

En Argentina la sentencia de amparo se limita a fallar concretamente sobre el petitorio demandado, de modo que no resuelve cuestiones abstractas si cesó la lesión; por ello, el fallo debe mencionar concretamente a la autoridad contra cuya decisión o acto se concede el amparo y determinar de forma precisa la conducta que se debe cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución; aunque hay ejemplos, como el del caso *Massa,* en los cuales la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "con tono activista y en cierto punto aditivo, diseñó un criterio normativo".[51]

Asimismo, el fallo tiene efecto restitutorio del derecho violado, aunque en algún caso la jurisprudencia le ha otorgado efectos a futuro, a fin de evitar la repetición de actos lesivos así reputados en el fallo (caso *Badaro I* y *II,* ante la falta de reglas sobre movilidad jubilatoria, y caso *Río Negro,* ante la discriminación en la distribución periodística de la publicidad de la provincia de Neuquén).[52] Pero si la demanda repite los

[50] Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García: "Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *Crónica de tribunales constitucionales…*, o. cit., pp. 330-331.

[51] Víctor Bazán: "La Corte Suprema de Justicia argentina se reinventa, presentándose como un tribunal constitucional", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* n.º 20, enero-junio 2009, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 29.

[52] Ibídem, pp. 25-29 y 36-38.

actos lesivos y solo cambia la fundamentación, parte de la doctrina argentina entiende que se deberá plantear un nuevo proceso de amparo.

El amparo no está previsto para establecer sanciones o indemnizaciones por daños y perjuicios, pese a la determinación del acto lesivo y del responsable. Tampoco existe plazo para el cumplimiento de la sentencia, sino que queda librado a criterio discrecional del tribunal. Asimismo, los efectos del amparo concedido con interpartes, salvo en materia ambiental y otras cuando tutelan intereses colectivos, pero no en perjuicio de los no convocados al proceso, que de lo contrario verían afectado su derecho de defensa.

Jurisprudencialmente cabe interponer un amparo contra otro amparo, en la medida en que la sentencia firme declarativa de la existencia o inexistencia de la lesión, restricción, alteración o amenaza arbitraria o manifiestamente ilegal de un derecho o garantía constitucional hace cosa juzgada respecto del amparo, dejando subsistente el ejercicio de las acciones o recursos que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo. Finalmente, son procedentes las medidas precautorias o cautelares, dado que dentro del proceso de amparo es viable decretar providencias que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado.

En Brasil la sentencia estimatoria de un *mandado de segurança* es cosa juzgada inmutable, pero la decisión del *mandado de segurança,* si fuera denegatoria, no impedirá que el agraviado pueda accionar en tutela de sus derechos y respectivos efectos patrimoniales. Por ello el Supremo Tribunal Federal ha señalado que "la decisión denegatoria del *mandado de segurança* no hace cosa juzgada contra el demandante, no impide el uso de la acción propia".[53]

Así, cuando el fallo rechaza la demanda por cuestiones previas o falta de certeza en cuanto a los hechos, se podrá demandar nuevamente por otra vía procesal. Pero si los hechos fueran probados y la sentencia denegara la medida porque el juez considera que no hay un derecho líquido y cierto, se produciría la cosa juzgada material y no podría ser reabierta en otro proceso.

Cabe una medida cautelar a favor del acto impugnado a través de una medida liminar sustentatoria —*fumus boni iuris e periculum in mora*—, la que perdurará hasta la sentencia de primer grado.[54]

6. Conclusiones

El proceso constitucional de amparo cumple un papel protagónico en la protección de los derechos de las personas, sobre todo en una región como la latinoamericana, que se caracteriza por contar con relativamente nuevos regímenes democráticos que buscan consolidar los fundamentos del Estado constitucional: proteger los derechos humanos como límite a los excesos del poder. Sin embargo, cabe señalar que los desafíos del

[53] *Súmula,* 304.

[54] Gilmar Ferreira Mendes, Inocéncio Mártires Coelho y Paulo Gonet Branco: *Curso de Direito Constitucional,* São Paulo: Saraiva, 3.ª ed., 2008, pp. 541-543.

amparo en un proceso de transición democrática son de naturaleza distinta, al estar vinculado directamente con los problemas democráticos de origen de cada país. En efecto, la naturaleza procesal del amparo tiene en su configuración constitucional, legislativa o jurisprudencial una concepción de la Constitución y del proceso no exenta de la tensión permanente entre la política y el derecho, como sucede en todo tipo de procesos al afrontar casos difíciles, por cuanto detrás de un gran proceso de amparo siempre existe una gran cuestión de poder.[55]

Por ello, en América Latina encontramos modelos del proceso de amparo que pueden ser un *noble sueño* para quienes encuentran al proceso de amparo y a la justicia constitucional como mecanismos de obtener justicia, pero muchas veces con el peligro de su abuso o incluso fraude unilateral de los valores de la Constitución. Y pueden ser también una *pesadilla* para las élites de siempre, que no han necesitado de la justicia constitucional para proteger sus intereses y se preocupan por la inflación de los valores constitucionales y los institutos procesales que desarrollan los jueces del amparo para tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos comunes.

En ese arcoíris de posibilidades, cada país ha diseñado normativamente su modelo de amparo y, más aún, lo viene judicializando de distintas formas, en función de la tensión que produce la demanda por los derechos civiles, políticos, económicos y sociales, y la oferta, muchas veces limitada, más aún en épocas de crisis, de escasez de oferta de derechos por los poderes públicos y privados, aunque no siempre sea así en las normas constitucionales y legales.

Por ello, en unos países el amparo puede ser concebido como un recurso procesal dependiente de los procesos ordinarios y *ultima ratio* de los códigos procesales civiles, mientras en otros es entendido como un proceso judicial autónomo, con normatividad procesal especial o autónoma en principio. Asimismo, para unos su naturaleza puede ser unilateral y de protección subjetiva del derecho fundamental, en tanto su fin sea el *favor libertatis* o el *pro homine*, y para otros puede ser la de un proceso bilateral y de carácter también objetivo, en tanto hay una relación de interdependencia entre los derechos de libertad y las competencias de la autoridad o de otros particulares, así como orientada a la protección de valores constitucionales.

De un lado, el amparo se agota en las normas constitucionales y legales, dejando al juez la labor formalista de su aplicación; de otro lado, se tiene una concepción que hace del amparo un medio de realización de dichas normas mediante la argumentación jurídica, no exenta de establecer reglas procesales, a través de la autonomía procesal que desarrolla el juez creativamente. El amparo en algunos países tutela derechos preconstituidos cuando son violados, por ello se le reconoce un efecto meramente reparador; pero en otros, además de ello, surge la tutela innovadora, mediante el amparo de derechos colectivos e implícitos que emanan de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.

Asimismo, en algunos países una relación jurídica se traslada rígidamente a la relación jurídica procesal, de donde emana la legitimación activa y pasiva para actuar,

[55] Heinrich Triepel: *Derecho público y política,* Madrid: Civitas, 1986, pp. 33-78.

salvo la incorporación de terceros con legítimo interés; mientras que en otros países el modelo deja la relación procesal abierta a la legítima intervención de terceros —*amicus curiae*— e incluso instituciones garantes de los derechos fundamentales —defensorías del pueblo—. En unos casos, el amparo procede contra la autoridad en la medida en que se concibe que la violación de los derechos fundamentales solo proviene de los poderes públicos —eficacia vertical—, mientras que en otros países, además de ello, se faculta a interponer el amparo contra particulares —eficacia horizontal—. En consecuencia, mientras que en unos países el amparo cabe contra sentencias judiciales y actos de gobierno, en otros, además, se puede incoar contra normas legales de forma directa cuando son normas autoaplicativas.

Por todo ello se puede señalar que el *noble sueño* del modelo del amparo clásico reposa en una concepción liberal y privatista del proceso vinculada al quehacer de la justicia ordinaria, llevada a cabo en principio por los tribunales o cortes supremas, que remontan a duras penas los anclajes del proceso privado. En tanto, la *pesadilla* del amparo moderno es una concepción garantista del proceso, que desarrollan sobre todo los tribunales constitucionales, los cuales en general vienen cumpliendo un papel protagónico en la tutela efectiva de los derechos fundamentales y la defensa de la supremacía constitucional.

III. Derechos y garantías individuales

- Hidemberg Alves da Frota e Fernanda Leite Bião (Brasil)
  O dano ao projeto de vida: uma leitura à luz do humanismo existencial e do direito comparado

- Gilbert Armijo (Costa Rica)
  La tutela de los derechos humanos por la jurisdicción constitucional, ¿mito o realidad?

- Rafael Caselli Pereira (Brasil)
  O direito fundamental à boa administração pública e o problema da epidemia do mosquito da dengue no Brasil

- Ana Maria D'Ávila Lopes (Brasil)
  El derecho fundamental de los indígenas brasileños a la tierra

- Gustavo García Fong (Guatemala)
  Las formas de intervención y la protección constitucional de las lenguas y de los grupos lingüísticos en sociedades multilingües. Un análisis en el derecho comparado

- César Augusto Orrego Azula (Perú)
  Principio de publicidad y el sistema de excepciones al derecho de acceso a la información pública en el Perú

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, PP. 229-242, ISSN 1510-4974

Hidemberg Alves da Frota* e Fernanda Leite Bião (Brasil)**

O dano ao projeto de vida: uma leitura à luz do humanismo existencial e do direito comparado***

RESUMO

Este artigo enfeixa lineamentos sobre o projeto de vida, o dano existencial e o dano ao projeto de vida. Traz a lume a perspectiva humanista e existencial do projeto de vida. Analisa o dano existencial na concepção doutrinária brasileira de matriz italiana e em precedentes judiciais portugueses. Por derradeiro, enfoca o dano ao projeto de vida como núcleo do dano existencial e estuda precedentes judiciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos, do Tribunal do Quebec e do Poder Judiciário brasileiro.

Palavras-chave: dano ao projeto de vida, dano à existência, jurisprudência, direitos humanos, Brasil.

ZUSAMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich mit der Lebensplanung, der Lebensbeeinträchtigung und der Beeinträchtigung der Lebensplanung. Dabei geht er von der existenziell-humanistischen Perspektive der Lebensplanung aus. Er analysiert die Lebensbeeinträchtigung in der italienisch geprägten brasilianischen Rechtslehre sowie in portugiesischen gerichtlichen Präzedenzfällen. Abschliebend befasst er sich mit der Beeinträchtigung der Lebensplanung als Kern der Lebensbeeinträchtigung und untersucht Präzedenzentscheidungen des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte, des Gerichtshofs von Quebec und der brasilianischen Justiz.

Schlagwörter: Beeinträchtigung des Lebensplans, Existenzbeeinträchtigung, Rechtsprechung, Menschenrechte, Brasilien.

---

* Agente técnico-jurídico do Ministério Público do estado do Amazonas. Pesquisador em Direito. Autor da obra *O princípio tridimensional da proporcionalidade no Direito Administrativo: um estudo à luz da Principiologia do Direito Constitucional e Administrativo, bem como da jurisprudência brasileira e estrangeira* (Rio de Janeiro: GZ, 2009)..

** Psicóloga clínica, orientadora profissional e professora de Psicologia e Formação Humana. Bacharela em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

*** Estudo em homenagem ao Prof. Dr. José Manoel de Arruda Alvim Netto. Que possamos, nós outros a quem estendestes a mão, honrar o vosso exemplo de simplicidade d'alma e generosidade, quando a vida nos convidar a amparar a outrem, tal como um dia fomos por vós amparados.

ABSTRACT

This paper provides an outline of life projects, existential damage and life project damage. Existential damage is analysed according to Brazilian doctrine, which follows the Italian model and Portuguese judicial precedents. Finally, it focuses on life project damage as the essence of existential damage and studies judicial precedents from the Inter-American Human Rights Court, the Court of Quebec and the Judiciary of Brazil.

Keywords: life project damage, existential damage, jurisprudence, human rights, Brazil.

1. Introdução

Este artigo enfeixa lineamentos sobre o projeto de vida, o dano existencial e o dano ao projeto de vida. Traz a lume a perspectiva humanista e existencial do projeto de vida. Analisa o dano existencial na concepção doutrinária brasileira de matriz italiana e em precedentes judiciais portugueses. Por derradeiro, enfoca o dano ao projeto de vida como núcleo do dano existencial e estuda precedentes judiciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos, do Tribunal do Quebec e do Poder Judiciário brasileiro.

2. O projeto de vida na perspectiva humanista e existencial

Consoante resplandece a perspectiva do "humanismo existencial",[1] o indivíduo tem a necessidade de se projetar "para fora de si mesmo para poder encontrar seu próprio significado"[2] ao perseguir "metas transcendentes",[3] à proporção que "procura realizar seu projeto de vida"[4] no bojo da "eterna superação de si mesmo",[5] percurso em que, dentro de sua dimensão histórica, econômica, social, cultural e axiológica, e diante do leque de possibilidades que se apresentam no cotidiano, o ser humano se vê obrigado a realizar escolhas, *autênticas* ("frutos da autocompreensão",[6] [7] em linha de coerência consigo mesmo, ao assumir que as próprias escolhas são frutos da sua liberdade e responsabilidade) ou pautadas pela *má-fé* (caso repila "a sua liberdade de escolha e a sua

---

[1] Erthal. *Psicoterapia vivencial:* uma abordagem existencial em psicoterapia. Campinas: Livro Pleno, 2004, p. 57.

[2] Ibid., loc. cit.

[3] Ibid., loc. cit.

[4] Ibid., loc. cit.

[5] Ibid., loc. cit.

[6] Ortografia adaptada ao Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa assinado em 16 de novembro 1990, vigente, no Brasil, desde 1º de janeiro de 2009, por força do art. 2º, *caput*, do Decreto nº 6.583, de 29 de setembro de 2008. As normas ortográficas novas e pretéritas coexistirão durante o período de transição (1º de janeiro de 2009 a 31 de dezembro de 2012), conforme determina o art. 2º, parágrafo único, do precitado Decreto Presidencial.

[7] Teixeira. Introdução à psicoterapia existencial. *Análise Psicológica*, Lisboa, v. 24, nº 3, jul. 2006, p. 294. Disponível em: ‹http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/aps/v24n3/v24n3a03.pdf›. Acesso em: 10 mar. 2010.

responsabilidade"[8] e, em consequência, negue "a possibilidade de escolher livremente o seu futuro"[9]).

Posto de outra forma: na óptica da Psicologia Humanista-Existencial (matizando-se conceitos humanistas e existenciais), em torno da angústia e da ansiedade que antecede (e acompanha) o mosaico de possíveis *modos de ser-no-mundo-com-os-outros,*[10] a pessoa humana se defronta com duas alternativas:

(*a*) A possibilidade de efetuar escolhas mediante a tomada de decisões *autênticas* (atos geradores de *crescimento* ao ser, fontes de amadurecimento pessoal, desenvolvimento de suas potencialidades dormentes e, por conseguinte, autorrealização[11]). Ao assim proceder, aceita as *perdas* e *ganhos* resultantes e assume o risco de que, no futuro, perceba eventual *equívoco* no *juízo de prognose* de agora (em momento posterior, a escolha ora feita pode se revelar inapropriada ou não tão adequada quanto se imaginava).

(*b*) Ou, ao contrário, a hipótese de percorrer a senda da *inautenticidade*, a fim de se desvencilhar do *ônus de decidir*, por meio da *má-fé* de delegar a outrem (*verbi gratia*, cônjuge ou companheiro(a), família, círculo de amigos próximos, colegas de trabalho, partido político, autoridade eclesiástica ou formadores de opinião da mídia) o encargo de lhe apontar a escolha a ser feita. Trata-se de um ensejo à *cristalização*: repete o indivíduo comportamentos sociais (por vezes patológicos) que conflitam com os anseios de sua alma, ao ceder, diria William J. Richardson, "à sedução de ser-em com a multidão",[12] e se perder em meio aos projetos existenciais alheios[13] e às escolhas que os demais fazem em seu lugar e para si. Da *inautenticidade* surge o mecanismo de autopunição psicológica consubstanciado no *sentimento de culpa.*[14]

Sendo produto da "continuidade compreensível das vivências, coerência interna do mundo individual",[15] verdadeiro "'fio condutor' entre o passado"[16] (experiências *pretéritas*), o presente (*aqui-agora*) e futuro (*vir-a-ser*), o *projeto de vida e/ou existencial* (arcabouço de planos e movimentos cuja finalidade é atribuir *sentido concreto e*

---

[8] Ibid., p. 292.

[9] Ibid., loc. cit.

[10] Expressão existencialista inspirada no pensamento do filósofo alemão Martin Heidegger (1889-1976) e adotada pela jusfilósofa Jeannette Antonios Maman, docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Cf. Maman, Jeannette Antonios. *Fenomenologia existencial do direito*: crítica do pensamento jurídico brasileiro. 2. ed. São Paulo: Quartir Latin, 2003, p. 84.

[11] Nesse aspecto, a Psicologia Humanista-Existencial conjuga os conceitos filosófico-existenciais de *existência autêntica* e *criação de possibilidades* (adotados por Heidegger) com os conceitos da Psicologia Humanista de *crescimento*, *desenvolvimento de potencialidades* e *autorrealização*. Para discernir os traços marcantes das matrizes humanistas e existenciais, cf. Erthal, Tereza Cristina Saldanha. *Psicoterapia vivencial:* uma abordagem existencial em psicoterapia. Campinas: Livro Pleno, 2004, p. 56-62.

[12] Richardson. Humanismo e Psicologia Existencial. In: Greening, T.C. (Org.). *Psicologia Existencial-Humanista*. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. p. 179.

[13] Erthal. Op. cit., p. 40-41.

[14] Ibid., p. 39.

[15] Teixeira. Introdução à psicoterapia existencial. *Análise Psicológica*, Lisboa, v. 24, nº 3, jul. 2006, p. 294. Disponível em: ‹http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/aps/v24n3/v24n3a03.pdf›. Acesso em: 10 mar. 2010.

[16] Ibid., loc. cit.

individual a cada experiência do ser) se concretiza por intermédio das *escolhas* realizadas ao longo da existência do indivíduo (não se trata, pois, de um processo estático, mas de uma construção durante toda a sua caminhada), que "aparece em todas as suas realizações significativas",[17] no plano tanto "dos sentimentos"[18] quanto "das realizações pessoais e profissionais".[19]

Se, por um lado, o ser humano "existe não apenas em sua relação corpórea ou pelo lugar que ocupa no espaço",[20] isto é, "existe em relação a sua condição de ser-no-mundo",[21] a convivência com os demais membros do corpo social (*ser-com*) faz parte dessa sua condição de *ser-no-mundo*, ou seja, o "existir é originalmente ser-com o outro"[22] (*ser-no-mundo-com-os-outros*).

O projeto de vida espelha, em outros termos, as relações do ser com a sua ambiência e seu lugar sociocultural (*mundo circundante*), as relações que estabelece, seja em casa, junto aos familiares, seja nos espaços sociais (*mundo humano*), e a relação perante si mesmo (*mundo próprio*).[23]

Assim, compartilhando-se o cotidiano, as experiências, os projetos e os objetivos comuns no respectivo contexto sociocultural, o indivíduo é chamado a construir, de forma *realista*, sua própria história vivencial.

Portanto, mesmo diante de uma sociedade permeada de individualismo, de valores utilitaristas e de exacerbado hedonismo, é preciso observar que toda *projeção de futuro* em derredor do projeto de vida traz consigo a *presença* dos *outros* e da *construção* que essa presença pode gerar para *o ser em movimento*, que se define e é definido pelos outros, e, sensível a esse olhar cambiante de outrem para si e a novos aprendizados e circunstâncias, sente-se impelida a se reinventar de tempos em tempos (*vir-a-ser*).

O projeto de vida, em síntese, traduz as *possibilidades de concretudes* dentro do existir humano *em sociedade*, o que vai permitir ao sujeito a *realização de escolhas* pertinentes às várias esferas em que atua (tais como a familiar, a profissional, a social, a religiosa e a educacional) durante a sua vida, período em que será instado a executar tal projeto não apenas de maneira *autêntica, planejada* e *realista,*[24] como também de modo *adaptável* à dinâmica pessoal e social, flexível ante as transformações de âmbito individual e coletivo.

---

[17] Ibid., loc. cit.

[18] Ibid., loc. cit.

[19] Ibid., loc. cit.

[20] Angerami-Camon. *Psicoterapia existencial*. 4. ed. Thomson Learning Brasil: 2007, p. 25.

[21] Ibid., loc. cit.

[22] Forghieri. *Psicologia fenomenológica:* fundamentos, métodos e pesquisas. São Paulo: Cengage Learning, 1993, p. 31.

[23] Ibid., loc. cit., p. 29, 31-32.

[24] Barduchi. *Projeto de vida*: um jeito de estar no mundo. In: id. (Org.). *Desenvolvimento pessoal e profissional.* 3. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2009, p. 17.

3. O dano ao projeto de vida

3.1. O dano existencial

Voltado a "tutelar lesão a um direito fundamental da pessoa humana"[25] atinente a situações *descobertas* do campo de incidência dos danos *biológico* e *moral* (este visto como "*sofrimento*, resultado de uma grande dor interior, inexprimível do ponto de vista material"[26]), o dano existencial "implica um '*não fazer*'".[27]

Concerne ao *impedimento* de a pessoa natural "continuar a desenvolver uma atividade que lhe dava prazer e realização pessoal",[28] pontua Márcia Novaes Guedes.

Recorda-se o escólio de Pierluigi Rausei, segundo o qual cuida-se do "conjunto de repercussões de tipo relacional marcando negativamente a existência mesma do sujeito",[29] forçado à renúncia das "específicas relações do próprio ser e da própria personalidade".[30]

Em mesmo sentido, Flaviana Rampazzo Soares, igualmente firme no Direito italiano, interpreta o dano existencial na qualidade de "dano juridicamente relevante"[31] a respeito de ofensas que – não enquadráveis "em danos patrimoniais ou em danos biológicos, em sentido estrito"[32] – deságuam na "renúncia involuntária às atividades cotidianas de qualquer gênero"[33] (*ad exemplum*, "atividades biológicas de subsistência".[34] Exemplos: atividades "relacionadas à higiene, alimentação ou locomoção",[35] bem como atividades afetivo-familiares, sociais, culturais, religiosas, laborais, acadêmicas e recreativas[36]).

Traduz o *abandono a contragosto* "de uma rotina incorporada à pessoa como manifestação de sua forma de ser e de agir"[37] e de "um meio que a pessoa escolheu como o mais adequado ao atendimento de suas necessidades",[38] em face de "uma mudança na relação da pessoa com o que a circunda"[39] a prejudicar as "próprias esferas do desenvolvimento pessoal"[40] e "social do ser humano".[41]

---

[25] Guedes. *Terror psicológico no trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 128.
[26] Ibid., p. 129.
[27] Ibid., loc. cit.
[28] Ibid., loc. cit.
[29] Pierluigi. Il mobbing del rapporto di lavoro. *Diritto & Pratica del Lavoro*, v. 12, nº 3, mag.-giug. 2002, p. 55. Apud ibid., p. 128. (Tradução da autora.)
[30] Ibid. loc. cit.
[31] Soares. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 47.
[32] Ibid., p. 45.
[33] Ibid., p. 46.
[34] Ibid., p. 47.
[35] Ibid., loc. cit.
[36] Ibid., loc. cit.
[37] Ibid., p. 45.
[38] Ibid., loc. cit.
[39] Ibid., loc. cit.
[40] Ibid., p. 46.
[41] Ibid., p. 45.

Obstaculiza "atividades realizadoras da pessoa, em todos os seus aspectos",[42] "uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária"[43] alteradora do "padrão usual de conduta da pessoa, na realização de seus interesses",[44] sob os aspectos *qualitativo* e *quantitativo*, aferíveis caso a caso.[45]

Vitima *não apenas* as pessoas humanas *como também* as pessoas jurídicas e os entes despersonalizados "(um condomínio edilício, por exemplo), no que for compatível".[46]

Na área familiarista, Claudete Carvalho Canezin avista o *abandono paterno-filial* como ato causador de *dano existencial*, a título de infração ao dever parental "de possibilitar o desenvolvimento humano do filho, ancorado no princípio da dignidade da pessoa humana"[47] (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988[48]), norma que "preside todas as relações jurídicas",[49] sujeita a si "o ordenamento jurídico nacional"[50] e, "no campo das relações familiares",[51] se desdobra no "princípio da afetividade".[52]

Nessa vereda, o Supremo Tribunal de Justiça[53] português, em acórdão de 18 de março de 2003 (Relator, Juiz-Conselheiro Lucas Coelho), resplendeu que a morte de genitor, devido a acidente de trânsito, quando a filha mais nova era recém-nascida, "se trata de um dano existencial de relevo na personalidade moral da criança".[54]

Todavia, o STJ lusitano reduziu o montante indenizatório de 3.500 contos, "coincidente com a dos danos de sua mãe e assaz superior à dos irmãos"[55] ("1.800 contos a título de danos morais próprios a cada um dos três filhos do primeiro casamento do falecido, dissolvido por divórcio"[56]), para o patamar de 3.000 contos, porquanto a apontada infante "não padeceu os sofrimentos que todos eles [seus irmãos mais velhos, do

---

[42] Ibid., p. 48.
[43] Ibid., p. 45.
[44] Ibid., p. 46.
[45] Ibid., p. 47.
[46] Ibid., p. 45.
[47] Canezin. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Belo Horizonte, v. 8, nº 36, jun.-jul. 2006, p. 85.
[48] Para maiores subsídios acerca da repercussão do princípio da dignidade da pessoa humana no Direito Positivo do Brasil e do exterior, cf. Frota, H.A.. O princípio da dignidade da pessoa humana no direito brasileiro e comparado. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 8, nº 9, nov. 2005, p. 95-123. Disponível em: ‹http://www.uniube.br/publicacoes/unijus›. Acesso em: 09 abr. 2010.
[49] Canezin. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Belo Horizonte, v. 8, nº 36, jun.-jul. 2006, p. 85.
[50] Ibid., loc. cit.
[51] Ibid., loc. cit.
[52] Ibid., loc. cit.
[53] O inteiro teor do indicado aresto, disponível na Rede Mundial de Computadores, por intermédio do sítio do Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça, *não* esclarece de qual órgão jurisidicional fracionário do STJ português promanou tal *decisum*. Cf. PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão de 3 de Junho de 2004 (Processo n. 04B3527 – JSTJ000). Relator: Juiz-Conselheiro Lucas Coelho. Lisboa, 3 de Junho de 2004. Disponível em: ‹http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/22bbafa4ca2fadf080256ec20055bb19?OpenDocument›. Acesso em: 06 abr. 2010.
[54] Portugal. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão de 3 de Junho de 2004 (Processo n. 04B3527 – JSTJ000). Relator: Juiz-Conselheiro Lucas Coelho. Lisboa, 3 de Junho de 2004. Disponível em: ‹http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/22bbafa4ca2fadf080256ec20055bb19?OpenDocument›. Acesso em: 06 abr. 2010.
[55] Ibid., loc. cit.
[56] Ibid., loc. cit.

primeiro casamento de seu genitor] experimentaram por ser recém-nascida à morte do pai".[57]

Também no Poder Judiciário de Portugal,[58] nos autos do Processo Judicial nº 1152/04-2, em sede de recurso de apelação, o Tribunal da Relação de Guimarães,[59] de modo unânime, em 23 de maio de 2004, capitaneado pelo Relator, Juiz-Desembargador José M. C. Vieira e Cunha, divisou *dano existencial e psíquico* em jovem, em função dos efeitos psicofísicos de acidente de trânsito (*acidente de viação*[60]) terem ocasionado ao recorrido a dificuldade quer de "lidar com a sua atual incapacidade",[61] quer de "realização",[62] haja vista sua condição de "portador de grande incapacidade, em todas as vertentes das respectivas relações sociais, para futuro",[63] empecilho à expressão da "força vital orientada para a realização do eu",[64] a inviabilizar o apelado "de se tornar protagonista da sua própria existência",[65] tendo tal sinistro provocado sua "incapacidade permanente e parcial para o trabalho"[66] de 50% (cinquenta por cento).

Agora oficiando no Tribunal da Relação do Porto, o Juiz-Desembargador José Maria Cabrita Vieira e Cunha, ao alinhavar o posicionamento unânime da Segunda Seção Judicial (que é, ao mesmo tempo, a Primeira Seção Cível do TRP) exposto em aresto de 31 de março de 2009, também concernente a acidente de trânsito a acometer a vítima de *incapacidade geral para o trabalho* (*in casu*, da ordem de 25%), planteou na seara do *dano existencial e psíquico* "a incapacidade para o desempenho de ativida-

---

[57] Ibid., loc. cit.

[58] Em Portugal (Estado unitário), conforme a Constituição nacional de 1976 (art. 210, nº 4), a segunda instância do Poder Judiciário é exercida, em regra, pelos *Tribunais da Relação* (compostos por *Juízes-Desembargadores*), denominação que, no Brasil, ao longo do Império, possuíam os atuais *Tribunais de Justiça* dos Estados-membros (então *Províncias*). Cf. Portugal. Constituição da República Portuguesa. VII Revisão Constitucional (2005). Disponível em: ‹http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx›. Acesso em: 05 abr. 2010.

[59] O inteiro teor do susomencionado aresto, disponível na Rede Mundial de Computadores, por intermédio do sítio do Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça (vinculado ao Ministério da Justiça lusitano), *não* revela se emanou da Primeira ou da Segunda Seção Cível do TRG. Cf. Portugal. Tribunal da Relação de Guimarães. Acórdão de 23 de Maio de 2004 (Processo nº 1152/04-2). Relator: Juiz-Desembargador José M. C. Vieira e Cunha. Guimarães, 23 de Maio de 2004. Disponível em: ‹http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/05b2dd012966b8e180256ed7003dea47?OpenDocument›. Acesso em: 05 abr. 2010.

[60] Ibid., loc. cit.

[61] Portugal. Tribunal da Relação de Guimarães. Acórdão de 23 de Maio de 2004 (Processo nº 1152/04-2). Relator: Juiz-Desembargador José M. C. Vieira e Cunha. Guimarães, 23 de Maio de 2004. Disponível em: ‹http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/05b2dd012966b8e180256ed7003dea47?OpenDocument›. Acesso em: 05 abr. 2010.

[62] Ibid., loc. cit.

[63] Ibid., loc. cit.

[64] Ibid., loc. cit.

[65] Ibid., loc. cit.

[66] Ibid., loc. cit.

de profissional de empregada doméstica que sempre [a autora da ação indenizatória] desempenhou",[67] assim como "o prejuízo sexual – fixável num grau de 3 em 5".[68]

3.2. O dano ao projeto de vida como núcleo do dano existencial

Influenciado tanto pela construção jurídica italiana do dano existencial quanto por precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos relativos a dano ao projeto de vida, Júlio César Bebber vê no cerne do dano existencial o *dano ao projeto de vida*.

Não condiciona o dano existencial à presença de efeitos deletérios de cunho econômico-financeiro-patrimonial (seara do dano material).

Afasta de sua órbita o foco nas dores e nos sofrimentos psicológicos desencadeados pelo ilícito civil (campo de incidência do dano moral).

Distingue-o tanto do dano biológico – "toda lesão, duradoura ou temporária, à saúde da vítima, entendida esta como bem-estar físico, psíquico e social da pessoa"[69] – quanto do dano estético – "toda lesão (ainda que mínima), duradoura ou temporária, à beleza física (basta haver transformação na aparência que deixa de ser a mesma), causadora de enfeiamento".[70]

Bebber situa na esfera do dano existencial as ofensas a bens jurídicos (ou seja, os danos injustos[71] e, portanto, indenizáveis) suscetíveis de "constatação objetiva",[72] prejudiciais à "liberdade de escolha"[73] e frustratórias ao "projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano",[74] isto é, comprometedores "do destino escolhido pela pessoa"[75] e do "que decidiu fazer com a sua vida"[76] (caso tenha se esteado em um planejamento razoável, pautado por um juízo de prognose plausível, "dentro de uma lógica do presente e perspectiva de futuro",[77] se existente no horizonte do porvir a "possibilidade ou probabilidade"[78] de concretizar o almejado).

Obtempera que "o impacto gerado pelo dano provoca um vazio existencial"[79] no indivíduo, o qual, obrigado "a resignar-se com o seu futuro"[80] e submetido a "renúncias diárias"[81] ao que se programara a executar, vê-se alijado da sua "fonte de gratificação

---

[67] Portugal. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão de 31 de Março de 2009 (Processo nº 3138/06.7TBMTS.P1). Relator: Juiz-Desembargador José Manuel Cabrita Vieira e Cunha. Porto, 31 de Março de 2009. Disponível em: ‹http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/7d5d7974a6af84cd802575af003ccbfd?OpenDocument›. Acesso em: 05 abr. 2010.

[68] Ibid., loc. cit.

[69] Bebber.. Danos extrapatrimoniais (*estético, biológico* e *existencial*) – breves considerações. *Revista LTr*: legislação do trabalho, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009, p. 28.

[70] Ibid., loc. cit.

[71] Ibid., p. 27.

[72] Ibid., loc. cit. (Grifo nosso.)

[73] Ibid., loc. cit.

[74] Ibid., loc. cit.

[75] Ibid., loc. cit.

[76] Ibid., loc. cit.

[77] Ibid., loc. cit.

[78] Ibid., loc. cit.

[79] Ibid., loc. cit. (Grifo nosso.)

[80] Ibid., loc. cit.

[81] Ibid., p. 29.

vital",[82] óbice à "realização pessoal"[83] pivô da "perda da qualidade de vida"[84] e, em consequência, catalisador da "modificação in pejus da personalidade",[85] a infligir à vítima o replanejamento de sua vida e um "modo diferente"[86] de se relacionar "no contexto social",[87] ante "as limitações"[88] acarretadas pelo dano.

Nome de relevo nas pesquisas jurídicas hispano-americanas relativas ao dano ao projeto de vida, o jusfilósofo peruano Carlos Fernández Sessarego,[89] docente da plurissecular Universidad Nacional Mayor de San Marcos – UNMSN,[90] associa o dano ao projeto de vida a "colapso psicossomático"[91] (com consequências que se protraem no tempo) de "envergadura tal"[92] que suscita um vazio existencial, na esteira "da perda do sentido que sofre a existência humana",[93] a anular a capacidade decisória do sujeito ou a prejudicar gravemente a possibilidade de uma tomada de decisão "livre"[94] e de executar um projeto de vida.

Aos olhos de Fernández Sessarego, o dano ao projeto de vida advém de grave dano psicossomático a esvaziar os "próprios fins vitais"[95] do ser humano, esfacelamento teleológico que lhe causa expressiva perda da identidade própria.

Desse modo, compromete-se, intensamente, o "núcleo existencial"[96] da pessoa humana, a sua "peculiar e única 'maneira de ser'"[97] e a liberdade individual de desenvolver a própria personalidade, de não ser outrem, mas "ela mesma".[98]

A nosso juízo, o dano existencial constitui espécie do gênero dano não patrimonial ou dano extrapatrimonial a impor à pessoa humana a renúncia compulsória e inde-

---

[82] Ibid., p. 28. (Grifo nosso.)
[83] Ibid., loc. cit.
[84] Ibid., loc. cit. (Grifo nosso.)
[85] Ibid., loc. cit. (Grifo nosso.)
[86] Ibid., loc. cit. (Grifo nosso.)
[87] Ibid., loc. cit.
[88] Ibid., p. 29.
[89] Para subsídios acendrados sobre o percurso acadêmico de Fernández Sessarego como civilista, filósofo e pesquisador de temáticas filosóficas e jurídicas existenciais, cf. Urteaga Regal, C.A.. Vocación ontológica de Carlos Fernández Sessarego. Aproximación al itinerario vital e intelectual del maestro sanmarquino. *Derecho y Cambio Social*, Lima, v. 4, nº 11, ago. 2007. Disponível em: ‹http://www.derechoycambiosocial.com/revista011/Fernandez%20Sessarego.htm›. Acesso em: 10 abr. 2010. Por meio do portal eletrônico *Diké*, a Pontifícia Universidade Católica do Peru homenageou o renomado civilista andino, ao franquear aos usuários da Rede Mundial de Computadores trabalhos significativos de sua trajetória intelectual. Cf. Peru. Biblioteca de Autor de DIKE: selección de diez artículos del doctor Carlos Fernández Sessarego. Disponível em: ‹http://www.pucp.edu.pe/dike/?ba_fs.htm›. Acesso em: 10 abr. 2010.
[90] Fernández Sessarego. El daño al proyecto de vida. Disponível em: ‹http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF›. Acesso em: 10 abr. 2010.
[91] Ibid., loc. cit.
[92] Ibid., loc. cit.
[93] Ibid., loc. cit.
[94] Ibid., loc. cit.
[95] Ibid., loc. cit.
[96] Ibid., loc. cit.
[97] Ibid., loc. cit.
[98] Ibid., loc. cit.

sejada de atividades cotidianas e lícitas cuja abstinência forçada prejudica, de forma significativa, a liberdade de escolha da vítima.

(Enquanto os danos morais propriamente ditos dizem respeito à questão subjetiva do sofrimento psicológico de monta, o dano existencial se reporta a aspecto objetivo,[99] pertinente ao cerceamento da liberdade do indivíduo de exercitar atividade relevante à sua satisfação pessoal como ser-no-mundo-com-os-outros.)

Seguindo-se essa linha de raciocínio, o dano ao projeto de vida consiste em vertente do dano existencial relacionada ao impedimento de que determinado ser humano tenha a possibilidade fática de praticar, baseado em seu livre-arbítrio, conjunto de atos imprescindíveis à execução de planejamento razoável e adaptável de metas e aspirações pessoais (plausíveis e exequíveis) que dão sentido à sua existência e representam aspecto central de sua busca pela autorrealização.

3.2.1. Subsídios jurisprudenciais

3.2.1.1. Corte Interamericana de Direitos Humanos

No caso *Gutiérrez Soler versus Colômbia*, em 12 de setembro de 2005, Antônio Augusto Cançado Trindade, à época na qualidade de Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos[100] (da qual fora Presidente no quadriênio 1999-2003 – atualmente é Juiz da Corte Internacional de Justiça, sediada em Haia, nos Países Baixos), destacou a faceta *temporal* e *existencial* do projeto de vida: ante o caráter *transitório* do existir humano, o *projeto de vida* serve de meio para o indivíduo anelar a "realização pessoal integral"[101] dentro do contexto temporal em que se insere e, assim, "dar sentido"[102] à sua existência, efetuando "as opções que lhe parecem acertadas".[103]

No dizer de Sergio García Ramírez, magistrado e ex-Presidente da *Corte IDH*, o *dano ao projeto de vida* fulmina, no caso concreto, "uma expectativa razoável e acessível"[104]

---

[99] Bebber. Danos extrapatrimoniais (*estético, biológico* e *existencial*) – breves considerações. *Revista LTr*: legislação do trabalho, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009, p. 28.

[100] Instituição autônoma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) tem como desiderato "a aplicação e interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos" (Pacto de San José da Costa Rica, 1969), consoante prevê o art. 1º, 1ª parte, do seu Estatuto. Cf. Organização dos Estados Americanos. Estatuto de la Corte Interamericana y Derechos Humanos. Disponível em: ‹http://www.corteidh.or.cr/estatuto.cfm›. Acesso em: 09 abr. 2010.

[101] Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C nº 132. Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade. Disponível em: ‹http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_132_esp.doc›. Acesso em: 09 abr. 2010. (Tradução livre nossa para o português brasileiro das citações efetuadas no corpo do artigo.)

[102] Ibid., loc. cit.

[103] Ibid., loc. cit.

[104] "En otros términos, el daño al proyecto de vida, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo, en forma irreparable o muy difícilmente reparable." Cf. García Ramírez, S. Dos temas de la jurisprudencia interamericana: "proyecto de vida" y amnistía. *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Santiago, v. 95, n° 2, may-ago. 1998, p. 361. Disponível

concernente à "perda ou grave menoscabo de oportunidades de desenvolvimento",[105] de forma "irreparável ou de dificílima reparação".[106]

O penalista mexicano rememora o acórdão de 27 de setembro de 1998 (caso *Loayza Tamayo versus Peru*), em que aquele Tribunal Interamericano, pela primeira vez, "reconheceu a pertinência de tal categoria de dano, ainda que não tenha fixado uma indenização correspondente"[107] (dissentiu parcialmente o Juiz colombiano Carlos Vicente de Roux Rengifo, por defender a condenação do causador do ilícito, o Estado peruano[108]).

Naquele *decisum*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (item 147 do aresto) vislumbrou o projeto de vida como modo de "realização integral da pessoa",[109] levando-se em conta "sua vocação, aptidões, circunstâncias, potencialidades e aspirações",[110] as quais "lhe permitem fixar razoavelmente determinadas expectativas e aspirar a elas".[111]

Raquel Portugal Nunes, inspirada no supracitado *caso Loayza Tamayo versus Peru*, relaciona o "*dano ao projeto de vida*"[112] às mudanças "de caráter *não pecuniário* nas condições de existência, no *curso normal* da vida da vítima e de sua família",[113] frutos de "violações de direitos humanos"[114] a tolherem a vítima da "*liberdade de escolher* o seu *próprio destino*".[115]

Obstam-na "de desenvolver suas *aspirações* e *vocações*"[116] (no campo "pessoal, profissional e familiar"[117]) e originam em si, dessarte, "uma *série de frustrações* dificilmente superadas com o decorrer do tempo".[118]

---

em: ‹www.bibliojuridica.org/libros/1/49/17.pdf›. Acesso em: 09 abr. 2010. (Tradução livre nossa para o português brasileiro.)

[105] Ibid., loc. cit.

[106] Ibid., loc. cit.

[107] NUNES. Reparações no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: Oliveira, M. L. (Org.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos*: interface com o Direito Constitucional Contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Cap. 9, p. 167.

[108] Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de noviembre de 1998. Serie C nº 33. Voto parcialmente disidente del Juez Carlos Vicente de Roux Rengifo. Disponível em: ‹http://spij.minjus.gob.pe/informacion/coyuntura/Sentencias_CIDH/LoayzaTamayo/SENTENCIA-CORTE-REPARACIONES-LOAYZATAMAYO.pdf›. Acesso em: 09 abr. 2010.

[109] "[...] el denominado proyecto de vida atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas." Cf. AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C nº 33. Disponível em: ‹http://spij.minjus.gob.pe/informacion/coyuntura/Sentencias_CIDH/LoayzaTamayo/SENTENCIA-CORTE-REPARACIONES-LOAYZATAMAYO.pdf›. Acesso em: 09 abr. 2010.

[110] Ibid., loc. cit.

[111] Ibid., loc. cit.

[112] Nunes. Op. cit., p. 166. (Grifo nosso.)

[113] Ibid., loc. cit. (Grifo nosso.)

[114] Ibid., loc. cit.

[115] Ibid., loc. cit. (Grifo nosso.)

[116] Ibid., loc. cit. (Grifo nosso.)

[117] Ibid., loc. cit.

[118] Ibid., loc. cit. (Grifo nosso.)

A internacionalista mineira se reporta ao caso *Benavides versus Peru*, julgado em 3 de dezembro de 2001, em que a *Corte IDH*, sob a presidência de Cançado Trindade, ao inferir "dano ao projeto de vida"[119] de Luis Alberto Cantoral Benavides, impôs à República peruana a concessão à vítima de "uma bolsa de estudos"[120] e o custeio dos "gastos de sua manutenção durante o período de seus estudos".[121]

Trata-se de consequência de prisão realizada em seu domicílio pela Polícia Antiterrorista[122] (*Dirección Nacional contra el Terrorismo*) do Peru (que, em verdade, procurava pelo irmão mais velho e, na ausência deste, prendeu aquele),[123] encarceramento que durou quatro anos, durante os quais Benavides sofreu abusos físicos e psicológicos que ocasionaram problemas psiquiátricos perenes e o impeliram a se refugiar no Brasil após sua soltura, prejudicando a dimensão acadêmica do seu *projeto de vida* anterior à detenção (então com vinte anos de idade, cursava graduação em Biologia na mencionada Universidade Nacional Maior de São Marcos, instituição universitária sediada em Lima).[124]

Em suma, concretiza-se o *dano ao projeto de vida*, preleciona Cançado Trindade, quando o projeto de vida resta "alterado e destruído de forma injusta e arbitrária",[125] por "fatores alheios"[126] à vontade da vítima e derivados da ação humana, a exemplo "da violência, da injustiça, da discriminação".[127]

3.2.1.2 Tribunal do Quebec

Na Câmara da Infância e da Adolescência do Tribunal do Quebec[128] (*Chambre de la jeunesse de la Cour du Québec*), em *D.M.H., Re, 2005 CanLII 35037 (QC C.Q.)*, decisão monocrática (item 23) proferida pelo Magistrado Richard Laflamme em 17 de agosto de 2005 invocou o entendimento pretoriano quebequense de que o acolhimento no seio de família substituta consiste em *medida extrema*.

---

[119] Ibid., p. 167

[120] Ibid., loc. cit.

[121] Ibid., loc. cit.

[122] Fundación Ecuménica para el Desarrollo y la Paz. Informe resumido de la situación jurídica de Luis Alberto Cantoral Benavides. Disponível em: ‹http://www.derechos.org/nizkor/peru/fedepaz/cantoral.html›. Acesso em: 09 abr. 2010.

[123] Ibid., loc. cit.

[124] Informações colhidas dos itens 35 e 54 do supracitado aresto. Cf. Organização dos Estados Americanos. Inter-American Court of Human Rights. Cantoral Benavides Case, Judgment of December 3, 2001, Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) No. 88 (2001). Disponível em: ‹http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/C/88-ing.html›. Acesso em: 09 abr. 2010.

[125] Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C nº 132. Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade. Disponível em: ‹http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_132_esp.doc›. Acesso em: 09 abr. 2010.

[126] Ibid., loc. cit.

[127] Ibid., loc. cit.

[128] Canadá. Tribunaux judiciaires du Québec. Disponível em: ‹http://www.tribunaux.qc.ca›. Acesso em: 07 abr. 2010; Canadá. Les petites créances. Disponível em: ‹http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/generale/creance.htm›. Acesso em: 07 abr. 2010.

Destina-se a proporcionar ao menor de idade um *projeto de vida estável*, no bojo de assistência contínua e condições estáveis de vida correspondentes às suas necessidades, em caso de o Poder Judiciário constatar a incapacidade de os pais desempenharem, de modo perene, seus deveres parentais, desde que seja possível ao menor estabelecer vínculo emocional e psicológico com a nova família, sem que se faça presente a probabilidade de que seja necessário acolhê-lo em outra família durante o período em que permanecer afastado da família primeva.

Em palavras mais sucintas: deve-se evitar o risco de que mais adiante, de novo, se mude de família substituta, com a qual deve manter contato, ainda que distanciado do convívio pleno.[129]

4. Conclusão

(1) O projeto de vida, na leitura do humanismo existencial, traduz as *possibilidades de concretudes* dentro do existir humano *em sociedade*, o que vai permitir ao sujeito a realização de escolhas pertinentes às várias esferas em que atua (tais como a familiar, a profissional, a social, a religiosa e a educacional) durante a sua vida, período em que será instado a executar tal projeto não apenas de maneira *autêntica, planejada* e *realista,* como também de modo *adaptável* à dinâmica pessoal e social, flexível ante as transformações de âmbito individual e coletivo.

(2) De matriz italiana, presente na jurisprudência portuguesa a se debruçar sobre ações de indenização em face de acidentes de trânsito que ocasionam incapacidade laboral ou óbito de genitor, o *dano existencial* constitui espécie do gênero *dano não patrimonial* ou *dano extrapatrimonial* a impor à pessoa humana a *renúncia compulsória e indesejada* de *atividades cotidianas e lícitas* cuja abstinência forçada prejudica, de forma significativa, a *liberdade de escolha* da vítima.

(3) Enquanto os *danos morais* propriamente ditos dizem respeito à questão *subjetiva* do sofrimento psicológico de monta, o *dano existencial* se reporta a aspecto *objetivo*, pertinente ao cerceamento da liberdade do indivíduo de exercitar atividade relevante à sua satisfação pessoal como *ser-no-mundo-com-os-outros*.

(4) Construção jurídica que recebeu da Corte Interamericana de Direitos Humanos fecundos contributos (notadamente, nos casos *Gutiérrez Soler versus Colômbia Loayza Tamayo versus Peru* e *Benavides versus Peru*), o *dano ao projeto de vida* consiste em vertente do *dano existencial* relacionada ao impedimento de que determinado ser humano tenha a possibilidade fática de praticar, baseado em seu livre-arbítrio, conjunto de atos imprescindíveis à execução de planejamento razoável e adaptável de metas e aspirações pessoais (plausíveis e exequíveis) que *dão sentido à sua existência* e representam aspecto central de sua busca pela *autorrealização*.

---

[129] Canadá. Court of Quebec. *D.M.H., Re, 2005 CanLII 35037 (QC C.Q.)*. District of Temiscamingue, Town of Ville-Marie. Disponível em: ‹http://www.canlii.org/en/qc/qccq/doc/2005/2005canlii35037/2005canlii35037.html›. Acesso em: 08 abr. 2005.

Referências bibliográficas

Angerami-Camon, Valdemar Augusto. *Psicoterapia existencial*. 4. ed. Thomson Learning Brasil: 2007.

Barduchi, Ana Lúcia Jankovic. *Projeto de vida*: um jeito de estar no mundo. In: Barduchi, Ana Lúcia Jankovic (Org). *Desenvolvimento pessoal e profissional*. 3. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2009. Cap. 2, p. 15-29.

Bebber, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (*estético, biológico* e *existencial*) – breves considerações. *Revista LTr*: legislação do trabalho, São Paulo, v. 73, n. 1, p. 26-29, jan. 2009.

Canezin, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Belo Horizonte, v. 8, nº 36, p. 71-87, jun.-jul. 2006.

Erthal, Tereza Cristina Saldanha. *Psicoterapia vivencial:* uma abordagem existencial em psicoterapia. Campinas: Livro Pleno, 2004.

Fernández Sessarego, Carlos. El daño al proyecto de vida. Disponível em: ‹http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF›. Acesso em: 10 abr. 2010.

Forghieri, Yolanda Cintrão. *Psicologia fenomenológica:* fundamentos, métodos e pesquisas. São Paulo: Cengage Learning, 1993.

Maman, Jeannette Antonios. *Fenomenologia existencial do direito*: crítica do pensamento jurídico brasileiro. 2. ed. São Paulo: Quartir Latin, 2003.

Nunes, Raquel Portugal. Reparações no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: Oliveira, Márcio Luís de Oliveira (Org.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos*: interface com o Direito Constitucional Contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Cap. 9, p. 159-178.

Soares, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Richardson, William J. Humanismo e Psicologia Existencial. In: GREENING, Thomas C. (Org.). *Psicologia Existencial-Humanista*. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. p. 167-184.

Soares, Dulce Helena Penna. *A escolha profissional*: do jovem ao adulto. 2. ed. São Paulo: Summus, 2002.

Teixeira, José. A Carvalho. Introdução à psicoterapia existencial. *Análise Psicológica*, Lisboa, v. 24, nº 3, p. 289-309, jul. 2006. Disponível em: ‹http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/aps/v24n3/v24n3a03.pdf› Acesso em: 10 mar. 2010.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, PP. 243-261, ISSN 1510-4974

Gilbert Armijo (Costa Rica)*

La tutela de los derechos humanos por la jurisdicción constitucional, ¿mito o realidad?

RESUMEN

Los derechos humanos en América Latina han encontrado una nueva opción para su cumplimiento efectivo. Si bien tradicionalmente nuestros ciudadanos tenían que acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al tratarse de una justicia residual, y siendo la mayoría de los países latinoamericanos signatarios del Pacto de San José, recientemente nos hemos comenzado a cuestionar: ¿tenemos los tribunales nacionales la obligación de tutelar de manera efectiva los derechos consagrados en el Pacto? En el presente trabajo se analizan algunas disfuncionalidades que han imposibilitado ese acceso directo a la tutela nacional efectiva, a la vez que se asiste a una mayor toma de conciencia sobre el papel de los tribunales y salas constitucionales como verdaderos y eficaces jueces de esta jurisdicción.

Palabras clave: derecho internacional de los derechos humanos, tratados internacionales, tribunales constitucionales, sistema judicial, control de constitucionalidad, tercera vía, derecho comparado, jurisprudencia, Costa Rica.

ZUSAMENFASSUNG

Für den effektiven Schutz der Menschenrechte steht in Lateinamerika eine neue Option zur Verfügung. Wenn sich unsere Bürger auch traditionell an den Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte wenden mussten, wurde in jüngster Zeit angesichts der Tatsache, dass es sich dabei um eine nachgeschaltete Gerichtsbarkeit handelt und dass die meisten lateinamerikanischen Staaten den Pakt von San José unterzeichnet haben, die folgende Frage aufgeworfen: Sind die nationalen Gerichte zum effektiven Schutz der im Pakt niedergelegten Rechte verpflichtet? Der vorliegende Beitrag analysiert einige Funktionsstörungen, die dem direkten Zugang zu einem effektiven Schutz auf nationaler Ebene im Weg stehen, während gleichzeitig das Bewusstsein über die Bedeutung der Verfassungsgerichte und -kammern als den eigentlichen, wirksam tätigen Gerichten auf diesem Gebiet der Rechtsprechung wächst.

---

* Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Especialista en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica. Profesor universitario de la UCR y UNA. Premio Alberto Brenes Córdoba 1996 por el Colegio de Abogados. Premio Ulises Odio Santos 1998 por el Poder Judicial. Autor de diversas publicaciones especializadas. Magistrado de la Sala Constitucional de Costa Rica. ‹armijosancho@hotmail.com›

Schlagwörter: internationales Recht der Menschenrechte, internationale Verträge, Verfassungsgerichte, Rechtssystem, Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit dritter Weg, Rechtsvergleichung, Rechtsprechung, Costa Rica.

ABSTRACT

Human rights in Latin America have found a new option for their effective enforcement. Although the citizens of our countries traditionally had to resort to the Inter-American Court of Human Rights, given the fact that the court's jurisdiction is residual and that most Latin American countries are signatories of the American Convention on Human Rights, we have recently started to ask ourselves: as national courts, do we have a duty to provide effective protection for the rights enshrined in the Convention? This study analyses some malfunctions that have made it impossible to gain direct access to effective national protection; at the same time, awareness of the role of courts and constitutional chambers as real and effective judges in this jurisdiction has increased.

Keywords: international human rights law, international treaties, constitutional courts, judicial system, constitutionality control, third way, comparative law, jurisprudence, Costa Rica.

1. Introducción

¿Por qué los estados ratifican y firman los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y luego se niegan a aplicarlos? ¿Este es un problema exclusivo de los estados o son sus funcionarios quienes incurren en omisión cuando se trata de cumplir los compromisos internacionales adquiridos por sus respectivos países? En el presente trabajo, trataremos de aventurar algunas posibles explicaciones al fenómeno, que torna en invisibles determinados derechos humanos consagrados en favor de los ciudadanos de los estados.

1. Disfunciones que entorpecen la plena efectividad de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos

En primer lugar, es necesario diferenciar entre los tratados sobre derechos humanos y los tratados-contratos que denominamos *tradicionales.* En segundo lugar, es apropiado recordar que el problema puede tener su origen en la deficiente formación profesional de los jerarcas de las instituciones públicas estatales, que fuimos formados en una concepción débil del derecho internacional privado y público, pues su cumplimiento efectivo, durante un gran período histórico, quedaba prácticamente librado a la buena voluntad de las partes y al principio de buena fe y *pacta sum servanda*, por cuanto los tribunales internacionales tenían escaso o ningún poder real para obligar a los estados a cumplir las obligaciones adquiridas.

Estos convenios tradicionales entre estados podían ser bilaterales o multilaterales, pero en las décadas de los sesenta y los setenta eran negociaciones entre los gobiernos,

que perseguían la obtención de ventajas y beneficios. Así, si en determinado momento era conveniente, el Estado negociaba disminuciones de impuestos a las importaciones de otros terceros países, en la mayoría de los casos como una graciosa concesión soberana. En síntesis, este primer grupo de convenios y tratados, que en Costa Rica prevalecieron durante un prolongado período, son conocidos por nuestra doctrina como los *tratados-contratos.*

A lo anterior debemos agregar que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados permite a los estados utilizar dos criterios que denominamos *llave,* que potencian esta disfunción al supeditar el cumplimiento de los convenios a las circunstancias del caso concreto. Así, el primero de estos criterios establece que el incumplimiento grave de un Convenio no produce mayores consecuencias jurídicas, salvo la suspensión total o parcial de este. El segundo se resume al indicar que el cambio de circunstancias permite a la parte afectada dar por terminado el convenio y retirarse de su cumplimiento. En última instancia, el Estado asume que el *contrato* es bueno o malo para sus intereses económicos, y tras considerarlo malo deja de cumplir sus compromisos —desde luego, la buena fe lo obliga agotar el procedimiento de rigor ante el tercer Estado, pero lo que nos interesa ahora resaltar es que esta situación ha calado con fuerza en subconsciente colectivo nacional.

A diferencia de los *tratados-contratos,* los tratados sobre derechos humanos persiguen un fin diferente, y este es el establecimiento de un orden público común a las partes, que no tiene por destinatario al Estado, sino al individuo. En este sentido puede consultarse la opinión consultiva OC-1/81 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[1] Sobre el objeto de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, también la Corte Europea de Estrasburgo ha tenido la oportunidad de pronunciarse en idéntico sentido en el caso *Soering*.[2]

Es necesario recalcar que el objeto de los instrumentos internacionales de derechos humanos, una vez firmados y ratificados por el Estado, no es disponible para este. Por el contrario, su cumplimiento es obligatorio en virtud de que los nuevos derechos no le pertenecen al Estados, sino a todos y a cada uno de sus ciudadanos. Desde luego, diferente situación se presenta con los tratados tradicionales, que por lo general regulan competencias comerciales.

Pese a lo expuesto, cuando la Sala le da a un funcionario la orden de respetar el Pacto, es común escuchar al funcionario preguntarse con indignación: ¿de verdad el Pacto de San José es una norma jurídica?

---

[1] Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-1/81, "Otros tratados", serie A, n.º 1, § 24.

[2] Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Soering,* 7 de julio de 1989, § 87.

2. Deficiencias procesales para la efectiva tutela de los derechos humanos. Problemas estructurales sobre la admisibilidad

Este cuestionamiento sobre el valor jurídico de los derechos humanos responde también a un problema estructural, que ha sido favorecido por los mecanismos procesales que se le imponen a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El ciudadano común suele descubrir con sorpresa que no solo el Pacto de San José tutela sus derechos esenciales, sino que el acceso a la *justicia internacional* es un camino tortuoso.

Ciertamente, existen normas que le garantizan el derecho de defensa o el acceso a un traductor en materia penal cuando no habla el idioma del país donde esta siendo juzgado. El artículo 13 del Pacto de San José le garantiza el ejercicio de su libertad de buscar información y difundirla, sin estar incorporado, por ejemplo, al colegio de periodistas del país; máxime cuando algunos estados —desconociendo el artículo 13 del Pacto— exigen la colegiatura obligatoria para ejercer la profesión de periodista, y hacerlo sin autorización constituye el tipo penal de ejercicio ilegal de la profesión.[3]

El acceso a la tutela de los tribunales de derechos humanos en América representa todo un reto a la persistencia, pues la admisibilidad es un tema complejo. Primero: la aplicación del principio de subsidiariedad implica que solo ante la falta de respuesta interna a las graves agresiones a los derechos humanos pueden intervenir las instancias internacionales de protección, lo cual indudablemente es resabio de un derecho internacional débil, pues antes de interponer la demanda hay que agotar las vías ordinarias internas,[4] dado que la jurisdicción internacional se aplica supletoriamente, aun ante graves violaciones de los derechos humanos.[5]

---

[3] Véanse la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, sobre la colegiatura obligatoria de periodistas y el artículo 13 del Pacto de San José. En igual sentido, Sala Constitucional, sentencia 2313-95, de las 16:18 h del 9 de mayo de 1995. En la sentencia se establece que la ley impugnada reconoce como exclusivo de los periodistas lo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce como una libertad para todas las personas, por lo que dicha ley es violatoria de la libertad de expresión. En adición a ello, la Sala Constitucional destaca que en 1985 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una opinión consultiva solicitada por Costa Rica, para que aquella resolviera si la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas era compatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que contiene el derecho a la libertad de expresión, de manera que el caso resuelto era una suerte de repetición de lo ya planteado en la opinión consultiva. La Sala sostiene finalmente que quien formule una solicitud de opinión consultiva debe ser considerado parte y, por lo tanto, queda obligado a cumplir los términos de esta. Véase también Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, resolución 2000-03220, a las 10:30 h del 18 de abril del 2000.

[4] A pesar de que el artículo 46 de la Convención estable como excepciones los casos en los que:

"a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;

"b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y

"c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos".

[5] El problema no solo existe en América Latina. Véanse, por ejemplo, los artículos 32, 34 y 35 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Ello implica que en la práctica, para nuestro medio, los ciudadanos deben esperar un promedio de diez o más años antes de que el caso llegue a casación, para acudir por los medios usuales ante la Comisión de Derechos Humanos, y con suerte esta lo admitirá. Esta situación es de fácil verificación, pues el volumen de asuntos resueltos por la Corte es relativamente reducido frente a las demandas que se presentan y se rechazan *ad portas* por la Comisión.[6] Segundo: El derecho internacional reconoce a los estados un amplio ámbito de autonomía para que implementen los mecanismos apropiados de vigencia de los derechos humanos dentro de sus respectivos ordenamientos jurídicos. Solo ante las omisiones graves de manera supletoria, el ordenamiento internacional le permite a la Corte Interamericana intervenir y resolver la cuestión.

2.1. Una opción alternativa: la teoría de la tercera vía

Esta situación ha llevado a parte de la doctrina —entre ella a Peces-Barba y Bobbio— a desarrollar la concepción de la tercera vía; pues, conscientes de las graves trabas que se les imponen a los ciudadanos para acceder a los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos, establecen una verdadera lucha no solo por la universalización de los derechos humanos, sino por la necesidad de crear un verdadero consenso de protección de estos derechos. Sostienen que compete a los tribunales constitucionales aplicar directamente estos instrumentos de protección como normas jurídicas. De esta manera, las cortes constitucionales se convierten en el ámbito interno de los países en verdaderos tribunales de derechos humanos, con lo que se crea una verdadera retroalimentación entre los derechos humanos y el derecho constitucional, como una forma de introducir los derechos humanos en el ordenamiento nacional positivo.

Desde luego, la *tercera vía* implica invitar a los tribunales constitucionales a que admitan una legitimación más amplia del ciudadano para que pueda acudir a reclamar la vulneración de sus derechos, como una manera de darle respuesta a las graves violaciones de los derechos que se reclaman y, al mismo tiempo, en nuestro caso, darle eficacia jurídica a la norma constitucional que proclama que los tratados y convenios internacionales debidamente aprobados por los estados tienen un valor superior a la ley.

Creo que esto bastaría para justificar la legitimación de cualquier ciudadano ante su sala o tribunal constitucional, pues si se trata de una ley esta debe surtir efectos jurídicos, y si los jueces ordinarios se sienten incapaces de aplicar estos instrumentos, el juez natural para hacerlo es el constitucional. Así lo hemos entendido, antes incluso de que se mencionara siquiera el concepto de *derechos emergentes*. Efectivamente, la Sala Constitucional de Costa Rica en la década de los noventa estableció el siguiente precedente:

---

[6] Corte Interamericana de Derechos Humanos: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004,* San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

> […] cuando las disposiciones de los tratados resulten ejecutivas y ejecutables por sí mismas, sin necesidad de otras normas que l[as] desarrollen en el derecho interno, las legales que las contradigan deben tenerse simplemente por derogadas, en virtud precisamente del rango superior del tratado.[7]

Desde luego, esta opción para algunos no es suficiente, y la analizan como un pobre paliativo, para negar el acceso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues siempre sería factible indicar que los tribunales constitucionales internos son los competentes en este tipo de asuntos y solo ante su omisión absoluta podría la Corte conocer del caso, con lo cual se evita que le lleguen verdaderas cascadas de demandas, tal y como ocurre en este momento con la Corte Europea de Derechos Humanos o con la Sala Constitucional costarricense, que a juicio de algunos colegas europeos, prácticamente puede *morir de éxito.*[8]

Curiosamente, para algunos de los teóricos de los derechos humanos emergentes este es un tema relativamente invisible. Debemos hacer la salvedad de doña Sonia Picado, presidenta del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, quien conformó el comité científico que debía sentar las bases de la Carta de Derechos Humanos Emergentes. Consciente del problema, ella sugirió que debía incorporarse una norma que permitiera una relectura actualizada de la Declaración Universal, y por ello planteó que resulta válido y oportuno preguntarse si ese artículo 8 no debería contener una segunda parte que postulase, por ejemplo:

> Para la plena protección de sus derechos humanos, la persona podrá acudir a las instancias internacionales en los casos en que la protección nacional pudiera haber sido insuficiente. Los estados se comprometen a acatar y ejecutar las resoluciones internacionales de carácter definitivo que se generen en este sentido.[9]

La posición de doña Sonia Picado y otros dio como resultado la aprobación del título VI, artículo 9, § 7 de la Carta de Derechos Humanos Emergentes, donde se establece el derecho a un sistema internacional justo que reconoce a toda persona y a toda comunidad la posibilidad de "acudir a instancias internacionales en los casos en que la protección nacional pudiera haber sido insuficiente".[10]

---

[7] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, resolución 282-90, de las 17:00 h del 13 de marzo de 1990.

[8] Así por ejemplo en 1989 entraron en la Sala Constitucional 365 asuntos y en el 2007 ingresaron 16.951. En este mismo período, el número de casos terminados fue de 179 para 1989, y 17.109 para el 2007 (la mayor cantidad de asuntos resueltos que ingresos responde a casos de años anteriores).

[9] Sonia Picado: "Apuntes acerca de los derechos emergentes y su posible relación con la Declaración Universal de los Derechos Humanos", en *Institute de Drets Humans de Catalunya,* ‹http:/www.idhc.org/esp/documents/CDHE/CDHE_Picado.pdf› (14.9.2008).

[10] Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes, en *Institute de Drets Humans de Catalunya,* ‹http:/www.idhc.org/esp/documents› (14.9.2008), artículo 9, párrafo 7.

3. El respeto de los derechos humanos por el derecho interno un problema global

Es cierto también que ha sido difícil volver operativos esos derechos en los ordenamientos internos. Tanto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Fundación Konrad Adenauer han potenciado una serie de seminarios y congresos con los presidentes y magistrados de los tribunales y salas constitucionales latinoamericanos para concienciar a sus miembros de la importancia de aplicar el Pacto de San José, directamente y como norma jurídica. Estas reuniones han dado como resultado el acuerdo de San Salvador, en el que los mencionados tribunales se comprometen a aplicar en sus sentencias el Pacto de San José. Este mismo fenómeno ha comenzado a tener una dimensión continental, como lo atestigua la revista *Diálogo Jurisprudencial.*[11] Esto tiene importancia porque, como reiteradamente lo ha sostenido el expresidente de la Corte Interamericana:

> [La] jurisdicción interamericana, depositada en la Corte —que funciona en San José, Costa Rica, desde 1979— tiene carácter complementario de la jurisdicción nacional: a esta incumbe, en primer término, la protección de los derechos fundamentales de las personas.[12]

Este esfuerzo de difusión no ha sido aislado. En otros casos, Unicef ha tratado de divulgar la Convención sobre los Derechos del Niño, y parte de este programa permitió la creación de una nueva serie de leyes sobre el tema en América Latina.[13] Costa Rica no fue la excepción: en 1986 se aprobó la Ley de Justicia Penal Juvenil[14] y años después el Código de la Niñez y la Adolescencia. Esto fue necesario debido a que entre la teoría y la práctica siempre ha existido una distancia importante. Aceptamos como cierto que los tratados y convenios sobre derechos humanos ratificados son normas jurídicas. Existe una presunción *iure et iure* en ese sentido; la conciencia colectiva se satisface con su ratificación legislativa. Tal parece que, una vez que somos parte del instrumento, pensamos que ese solo hecho basta para brindar una protección absoluta a nuestros ciudadanos. Se cree que con la firma de instrumentos internacionales sobre derechos humanos se solucionan los problemas que justifican su creación, sin pensar que esas normas *formalmente* superiores a las ordinarias son absolutamente ineficaces mientras no se reclamen para resolver los casos concretos. No obstante, a pesar de que

---

[11] Véanse las sentencias de múltiples tribunales latinoamericanos —como el argentino, el costarricense, el dominicano y el salvadoreño, solo por mencionar algunos— en las ediciones de *Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tribunales Nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos,* n.º 1, México, 2006, y n.º 2, 2007.

[12] Sergio García Ramírez: "Presentación", en *Diálogo Jurisprudencial. Derecho internacional de los derechos humanos. Tribunales nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos,* n.º 1, México, 2006.

[13] Emilio García Méndez y Mary Beloff: *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Bogotá: Temis-Depalma, 1999.

[14] Carlos Tiffer Sotomayor: *Ley de Justicia Penal Juvenil. Comentada y concordada,* San José: Juritexto, 1996.

son invocadas en algunos supuestos, es evidente la resistencia de los jueces a implementarlas. Salvo honrosas excepciones, resulta manifiesto lo difícil que es para estos interiorizar que se trata de normas jurídicas vinculantes.

3.1. El caso argentino

Mary Beloff llevó adelante un estudio en Argentina, como parte de la conmemoración de los cincuenta años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, organizado por el PNUD.[15] En la encuesta se les preguntaba a los jueces por qué no aplicaban la Convención sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno. La respuesta fue que se trataba de normas programáticas, abstractas e indeterminadas que no podían ser aplicadas por el juez ordinario hasta que existiera una ley formal que así la desarrollara. En consecuencia, Beloff se pregunta si la Convención tiene fuerza normativa o si, por el contrario, se trata de normas programáticas que necesitan de una reforma legislativa que las concretice. Ciertamente, en España, por ejemplo, incluso las normas constitucionales, si no han sido puntualizadas por medio de una *ley orgánica*, no pueden ser aplicadas como normas jurídicas, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los países latinoamericanos. En Costa Rica las normas constitucionales son normas jurídicas, como ha sostenido siempre García de Enterría.

Por ello, debemos coincidir con Beloff en que la Convención es jurídicamente exigible, pues es difícil aceptar la tesis de que se trata de normas indeterminadas. Basta una simple lectura del artículo 37 de la Convención, que establece en el inciso *a:* "Ningún niño será sometido a tortura, ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes". El inciso *d* dispone: "Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica". Resulta difícil comprender que un juez no pueda interpretar estas normas procesales para establecer la interdicción de la tortura, los tratos crueles y degradantes o la obligación del Estado de brindarle al menor acusado la necesaria asistencia de un defensor que lo represente en las causas penales. Las normas señaladas tienen un alto contenido procesal. El problema, más que de interpretación, es de falta de voluntad jurídica para obedecer la normativa internacional. En especial cuando la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño entra en conflicto con la ley o la ideología que existe detrás de la ley.

En el caso argentino el fenómeno es comprensible porque Argentina es la cuna de la teoría de la situación irregular, la cual dio base a la mayoría de las leyes tutelares de América Latina y prevaleció hasta que se reconoció a la Convención como el nuevo fundamento jurídico de los derechos que protegen a los niños, niñas y adolescentes. El nuevo planteamiento tiene como sustento teórico-práctico la teoría de la protección integral, que en América sustituye al diseño anterior. Básicamente ya los niños no serán objeto de tutela, sino sujetos de derechos constitucionales como cualquier

[15] Mary Beloff: "La aplicación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos", en *50 años de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos,* PNUD, 1998.

persona mayor de edad. Ante este cambio de paradigma, no es de extrañar que los jueces argentinos se sintieran desplazados por las nuevas normativas.

Posiblemente esta experiencia haya hecho meditar a algunos responsables de las agencias internacionales para la protección de la niñez, como la Unicef, que desde ese instante comenzaron una fuerte campaña para que las leyes ordinarias desarrollaran el contenido de los derechos humanos para el sector que les interesaba.[16]

3.2. El caso alemán

Similar problema al tratado por Beloff se presenta en Alemania. Roland Bank tiene un interesante artículo[17] en el que cuestiona la difícil operatividad en Alemania de los derechos humanos como normas constitucionales, y en especial sobre la compleja situación para poder reclamarlos como normas jurídicas ante la Corte Constitucional. En primer lugar porque los instrumentos de esa índole tienen rango de ley federal y solo pueden invocarse ante los tribunales federales; en consecuencia, cuando el argumento jurídico tiene como base las presuntas violaciones a la Convención Europea, la Corte Constitucional suele desechar la queja, y solo los admite de manera restrictiva y con fundamento en el artículo 25 de la Ley Básica cuando la norma de la Convención tiene aplicación universal y no se limita a una aplicación regional. La Corte, suele considerar a la Convención como una ley ordinaria y por ende no la cita en sus fallos, pese a que la Constitución alemana señala en el artículo 1, § 2:

> El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda la comunidad humana, de la paz y la justicia.

Por ello, para un sector de la doctrina alemana, de conformidad con los artículos 59 y 25 de la norma fundamental, la Convención Europea podría considerarse al menos como derecho consuetudinario y, por ende, aplicable por la Corte Constitucional.

3.3. El caso español

Respecto a la infancia, la Convención sobre los Derechos del Niño constituye la piedra angular de la protección de los derechos humanos. La defensa de la infancia conlleva aceptar con una visión de conjunto la simbiosis que existe entre el derecho interno y el derecho internacional que regula los derechos humanos. Los derechos humanos se convierten así en un instrumento de análisis que nos permite replantearnos si la

---

[16] Emilio García Méndez y Elías Carranza (orgs.): *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa,* Buenos Aires: Galerna, 1992; Carlos Tiffer: o. cit.; Gilbert Armijo: *Enfoque procesal de la Ley Penal Juvenil,* San José: LILL, 1997.

[17] Roland Bank: "El Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán", en *Ius et Praxis,* Talca, 2003.

actividad que realiza el Estado y sus órganos es válida y legítima, y si está en armonía con los valores en que se sustenta su respeto.[18]

La Convención establece en los artículos 2 y 3 lo que podríamos señalar como el concepto operativo básico del interés superior del niño. Sin embargo, esto no basta para asegurar su plena eficacia jurídica. Así lo sostiene Human Rights Watch, en su informe de octubre de 2008, sobre el caso de Andalucía. Ciertamente, el gobierno español ha tomado una serie de previsiones para evitar las deportaciones indiscriminadas de niños que llegan sin sus familiares a tierras andaluzas. Estos niños son reubicados, en su caso se cuenta con la intervención de un fiscal especial y estudios del sector social español. Sin embargo, cuando se investiga más a fondo se descubre que lo que existe es una apariencia de derechos de garantía, pero vacíos de los contenidos formales mínimos. El interés superior del niño es, por cierto, un parámetro de interpretación transversal que debería impregnar todo el ordenamiento a fin de brindarle al niño el máximo de protección posible. No obstante, en el *Estudio del caso Andalucía* lo que se acredita es lo difuso del criterio de interpretación.

Human Rights Watch denuncia en ese informe que los niños que llegan a España por la migración ilegal son invitados a regresar a su país de origen, para lo cual se invoca que eso es lo adecuado según el interés superior del niño, sin tomar las mínimas precauciones para asegurar la efectividad de lo que formalmente se predica. En efecto, la comunicación con las autoridades del país de origen es escasa, y tampoco existe mayor preocupación por asegurarse que efectivamente los muchachos realmente regresan a su familia. Esta organización sostiene que lo que menos pesa en las deportaciones de niños es su interés superior, sino que el objetivo es evitar la inmigración a cualquier precio. Ciertamente, el argumento de que el regreso a su país es lo apropiado de acuerdo al interés superior del niño es un argumento sofístico, que fácilmente puede ser utilizado *a contrario sensu*, en cuyo caso se sostendría que lo que atenta contra su interés superior es la repatriación, por el riesgo que implican las deportaciones a un destino incierto, para este caso en Marruecos.

En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su jurisprudencia, cuando ha sostenido que no basta que el Estado receptor del muchacho haya ratificado la Convención para eximir al Estado emisor de proteger por todos los medios a los niños que se encuentran en su territorio, lo cual implica que si va a ordenar su deportación debe asegurarse de que se lo proteja de cualquier forma posible de maltrato.[19] Este criterio ya había sido externado en el caso *Mubilanzila Mayeka contra Bélgica,* en el que se condenó a Bélgica por expulsar de su territorio a

---

[18] Entre la múltiple bibliografía sobre el tema véase Héctor Gros Espiell: *Estudios sobre derechos humanos,* San José (CR): Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1985; *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay, España),* San José (CR): ILANUD, Programa Sistema Penal y Derechos Humanos, Comisión Europea, 1996; Gregorio Peces-Barba Martínez, *Los valores superiores,* Madrid: Tecnos, 1986; *Derechos humanos y sistema comparado de justicia juvenil,* México: Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 1996.

[19] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Saadi contra Italia,* sentencia del 28 de febrero del 2008.

la niña Mayeka sin verificar qué tipo de trato iba a recibir en su país de origen, lo que implicó transgredir la obligación de respetar el interés superior de la niña y, desde la óptica del Tribunal, configuró un trato inhumano y degradante, precisamente por la falta de recursos apropiados de acogida por el Estado natal.[20]

Sobre este tema en el ámbito internacional, el ACNUR ha establecido una serie de directrices para darle un contenido mínimo formal al interés superior del niño.[21]

Los criterios expuestos parecen indicar que la decisión sobre el contenido de garantía de este principio emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pretendía, indirectamente, corregir la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) del 27 de junio de 2006, sobre las políticas de migración, el derecho de reagrupación familiar y el interés superior del niño. En este caso, el Parlamento Europeo cuestiona y pide la anulación del artículo 4, apartado 1, último párrafo, y 6, y del artículo 8 de la directiva 2003/86/CE del Consejo, sobre el derecho a la reagrupación familiar.[22] Aduce que la medida es discriminatoria en perjuicio de los niños extranjeros.

El Tribunal de Justicia desestima el recurso contra la directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países, pues afirma que la directiva no afecta la obligación del respetar el interés superior del niño, y predomina la posibilidad de que los estados introduzcan condiciones que impidan la reagrupación cuando se está en presencia de niños menores de 12 años.[23] Sostienen que dichas normas "únicamente exigen que se respete y se tenga en cuenta el interés superior del niño, pero no establecen ningún derecho absoluto en materia de reagrupación familiar".[24] En síntesis:

> [El interés superior del niño] no confiere […] a los miembros de una familia un derecho subjetivo a ser admitidos en el territorio de un Estado y no puede interpretarse en el sentido de que privan a los Estados miembros de cierto margen de apreciación al examinar las solicitudes de reagrupación familiar.[25]

4. Eficacia de los derechos humanos en Costa Rica

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en Costa Rica se han convertido en un poderoso instrumento que nos permite solucionar, desde la Sala

---

[20] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Mubilanzila Mayeka contra Bélgica,* sentencia del 12 de octubre del 2006.

[21] ACNUR, *Observación general #6 del Comité de los Derechos del Niño.*

[22] Directiva 2003/86/CE del Consejo, del 22 de septiembre del 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DO L 251, p. 12).

[23] Pese a que el artículo 24 de la Carta, dedicado a los derechos del niño, establece en el apartado 2: "En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades publicas o instituciones privadas, el *interés superior del niño* constituirá una consideración primordial", y en el apartado 3: "Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, *salvo si ello es contrario a sus intereses*" (cursivas añadidas).

[24] STJCE (Gan Sala), 27 de junio del 2006, § 33.

[25] Ibídem, § 59.

Constitucional, algunos casos que versan sobre esta materia. Debemos reconocer que acudimos a esta fuente porque en ciertos temas nuestras leyes o nuestra Constitución no brindan una solución satisfactoria, o simplemente son omisas. Debemos recordar que desde los inicios de la Sala Constitucional se potenció el valor normativo de los convenios internacionales sobre derechos humanos, debidamente firmados y ratificados por el Estado.

4.1. El camino recorrido

Sobre este extremo, y solo como acotación, podemos decir que desde 1990 hemos recorrido dos grandes etapas.

En la primera, se sostuvo que los tratados sobre derechos humanos tenían no solo un valor superior a la ley ordinaria (artículo 7 de la Constitución Política), sino que integraban su parte dogmática (voto 3805-1992). En ese momento esta doctrina recorrió América Latina al amparo de lo que se denominó el *bloque de constitucionalidad*. Recordemos que en la década de los años cincuenta los franceses incorporaron —a falta de una regulación constitucional de los derechos individuales—, vía jurisprudencia del Consejo de Estado, los derechos del hombre y del ciudadano a su Constitución, señalando que formaban parte del bloque de constitucionalidad.

En una segunda etapa la Sala fomentó que, en tanto la normativa internacional concediera al ciudadano mayores derechos que los que le otorgaba la Constitución, aquellos primaban sobre esta. Así, la doctrina del *valor supraconstitucional de los derechos humanos* nació como consecuencia de un asunto que fue presentado ante la Sala, pues la Constitución disponía que la mujer extranjera al casarse con un hombre costarricense obtenía por ese solo hecho la nacionalidad de su marido. Todo marchó sin mayores complicaciones hasta que una costarricense casada con un extranjero pretendió que se le concediera a su pareja el mismo derecho constitucional. Los funcionarios del Registro Público se negaron, aduciendo que la interpretación literal de la norma era clara: solo señalaba al hombre y no a la mujer. Ante esta situación, la señora presentó un recurso aduciendo que la norma constitucional era discriminatoria y que los instrumentos internacionales la tutelaban, pues no hacen referencia al sexo sino a la persona humana.

La Sala, luego de escuchar a las partes, se pronunció dándole la razón a la recurrente y ordenó que en todos aquellos casos en que la Constitución aluda al concepto *hombre* debe interpretarse *persona humana*, conforme lo señalan los instrumentos internaciones sobre el tema (voto 3435-1992).[26] Esto tuvo como consecuencia que el artículo 14, inciso 5, de la Constitución fuera modificado para evitar discriminaciones como la denunciada.

[26] Nuestra jurisprudencia sostiene desde la década de los noventa que los instrumentos sobre derechos humanos vigentes en Costa Rica tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que, en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución.

Conforme se desprende en nuestro caso, la discusión sobre monismo o dualismo carece de interés, pues solemos utilizar la mayoría de los instrumentos internacionales como normas jurídicas directamente aplicables, tanto por la jurisdicción ordinaria como por la Sala Constitucional. Ello nos ha permitido desarrollar una amplia jurisprudencia en temas sensibles, desde asuntos en los que se analiza la discriminación por razones de pertenencia a un grupo etario (niños-ancianos) hasta asuntos de discriminación por razones de género.

Por ejemplo, se han conocido casos en los cuales se reclama que en las listas electorales de los partidos políticos, para los puestos de elección popular, a las mujeres se las discrimina en abierta violación de la Convención de Belém do Pará, pues si bien se someten sus nombres al electorado, suelen figurar en puestos que de antemano se sabe que no obtendrán los votos suficientes. La Sala Constitucional ha fallado en diversas ocasiones en contra de los grupos políticos que fomentan esta actividad discriminatoria, y los ha obligado a incluir a las mujeres en sitios de elección posible; de esta manera se cumple con la normativa que protege a este grupo y se potencia la discriminación positiva en su favor. Como consecuencia, prácticamente la mitad de la actual Asamblea Legislativa está conformada por diputadas, e igual situación se presenta en la Corte Suprema de Justicia, donde las magistradas cada vez son más.

4.2. Nuestros errores: el caso de Mauricio Herrera

Pero, ¿qué sucede cuando fallamos, cuando por las razones que sean nos equivocamos en cuanto a los alcances del valor normativo de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos? Bueno, cuando esto ocurre tenemos que enfrentar las consecuencias de nuestra miopía. Así, por ejemplo, en el caso *Mauricio Herrera contra Costa Rica,* la Corte Interamericana nos condenó, pues tuvo por cierto que habíamos violado el artículo 13 del Pacto de San José. ¿Cómo ocurrió esto?

En síntesis, el periodista Mauricio Herrera había sido condenado por los tribunales penales nacionales por afectar el honor de un cónsul honorario costarricense en Europa, al difundir una noticia sobre algunas actividades de este funcionario que los diarios extranjeros reprodujeron. El periodista aducía que su conducta estaba permitida por el Pacto de San José. Los tribunales nacionales, aplicando la legislación interna, sostenían lo contrario y daban una interpretación restrictiva al artículo 13 de la Convención. La Corte, al condenarnos, nos impuso la nulidad de la sentencia condenatoria, la repetición de lo pagado por concepto de acción civil y la obligación de adecuar nuestro ordenamiento procesal penal a la Convención.

Una vez notificada la sentencia, tuvimos que tragarnos el orgullo y acatar lo resuelto. Anular la sentencia y proceder al pago de las reparaciones fue lo menos doloroso; quizá lo que más afectó al foro nacional fue tener que modificar el recurso de casación para hacerlo menos formalista, en los términos de la Convención, y crear el recurso de apelación contra la sentencias dictadas en última instancia. Desde luego, la Corte Interamericana potenció algo que consideró indispensable: la posibilidad de acceder a la información y publicarla. Aunque el caso pueda verse como negativo desde la

perspectiva nacional, a escala latinoamericana creo que la contribución de la Corte fue enorme, pues se fortaleció como nunca antes la libertad de información.

En Latinoamérica, pocos derechos de los consagrados en el Pacto de San José ha sido de tan difícil desarrollo como el derecho de acceso a la información. Es un derecho oficialmente reconocido, pero en la práctica siempre restringido, por la administración y por el propio Estado. En efecto, el Estado ha sabido crear su propia esfera de inmunidad para no revelar lo que no le conviene, en unos casos justificado por la doctrina del *secreto de Estado* y en otros según el criterio, más amplio, de los *actos discrecionales* del Poder Ejecutivo. En última instancia, la lucha por la libertad de información podría conceptualizarse en nuestro continente, parodiando a García de Enterría, como la lucha contra las inmunidades del poder, y sostenemos que el *secreto oficial* es su creación más fructífera.

El secreto de Estado siempre ha sido un límite dudoso, que en nuestro continente suele amparar la arbitrariedad o la corrupción. Hoy día se acepta sin mayor reparo que el acceso a la información fomenta dos valores universalmente aceptados: la necesaria transparencia de la administración y la rendición de cuentas. Los norteamericanos, por lo menos antes del 11 de septiembre del 2001, desarrollaron el principio de *follow the Money* (sigue al dinero), el cual opera desde la premisa de que los gobiernos, al ser elegidos democráticamente por los contribuyentes, pueden y deben controlar cómo se gasta su dinero. Sin embargo, Herb Strentz, profesor de la Universidad de Drake, nos viene alertando de que esto cada vez es más difícil de fiscalizar en los Estados Unidos, en especial después del 11 de septiembre. En todo caso, una cosa es controlar cierto tipo de información que el Estado debe suministrar —por ejemplo, cómo se gastan los impuestos— y otra muy diferente la relativa a la toma de decisiones del gobierno en temas sensibles.

5. La doctrina de la problemática política

¿Hasta dónde hemos llegado en el desarrollo y la aplicación del valor normativo de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en el ordenamiento costarricense? En la doctrina, suele afirmarse que la tesis se prueba frente a casos extremos, y la doctrina de la problemática política ha sido un eterno valladar al control judicial.

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido de manera reiterada que este tema escapa al control judicial. Así lo afirmó en el caso *Obrien contra Brown* (409 US 1, 1973), sobre las competencias de los partidos políticos; en *Estados Unidos contra Nixon* (418 US 683, 1974), sobre la inmunidad del ejecutivo o en los llamados *Vietnam cases,* del cual es representativo *Massachusetts contra Laird,* en el que el Tribunal Burger denegó el *certiorari* de la sentencia, pues dijo que la alegada inconstitucionalidad de la guerra de Vietnam por falta de autorización del Senado era una cuestión política, que giraba en torno al ámbito discrecional del presidente en materia de política exterior. Sostuvo que el Congreso es un poder que no necesita de su protección y puede valerse por sí mismo.

En todos estos asuntos se partió de la premisa esencial de que los presupuestos del control constitucional o judicial no alcanzan lo político. ¿Será eso cierto en el siglo XXI? Admitirlo sin reservas implica, desde luego, reconocer que existen poderes que están por sobre la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Quizá por ello sea apropiado recordar un reducto que casi siempre, por sensible, es invisible a la doctrina y al control de los jueces: los *secretos de estado en la lucha contra el terrorismo y afines.*

En España, a finales del siglo XX, un caso rompió el paradigma: la sentencia sobre el CESID. Por primera vez en el ordenamiento español una sentencia cuestionaba los actos políticos del gobierno. Estos son los que adopta el gobierno como órgano de dirección estatal, que se caracterizan por un contenido no regulado por el derecho sino por razones de oportunidad, razón por la cual en doctrina suele hablarse de que existen en un régimen especial. En este caso, la Ley Antiterrorista (Ley de Secretos Oficiales n.º 62, de 1978) le permitía al Estado mantener como secreto las investigaciones que se llevaban a cabo por una unidad especializada del Estado en su lucha contra la ETA.

Un ciudadano adujo haber sido secuestrado por oficiales del Estado y cuando iban a ejecutarlo se percataron de que existía un error de identidad y decidieron dejarlo en libertad. El ciudadano denunció el hecho y años después un juez de instrucción inició una investigación. Cuando solicitó la información respectiva al Ministerio, esta le fue negada con el argumento de que estaba cubierta por el *secreto de estado.* El Tribunal Supremo Español ordenó desclasificar la información como secreta y entregarla al juez.

El acto suscitó toda clase de críticas. Según algunos, el control judicial de los actos políticos representa para parte de la doctrina su desaparición, y es una verdadera antinomia que un tribunal de legalidad controle actos políticos, que conllevan un alto valor discrecional, pues decidir qué documentos son secretos se basa en puras consideraciones políticas, al igual que las relaciones internacionales. La discusión concluyó con la sentencia condenatoria para los altos cargos del gobierno español que participaron en la operación y dio como resultado la ley orgánica n.º 2/2002, del 6 de mayo, que vino a regular dichos actos y a sujetarlos al control de un magistrado del Tribunal Supremo.

En Inglaterra, si bien es cierto que los servicios de inteligencia británicos están bajo la responsabilidad política del gobierno (el MI5 responde directamente al Ministro y este a su vez ante el Parlamento) y tienen un amplio margen de libertad para realizar las investigaciones de contraespionaje, ello no implica que estén exentos del control de los jueces, como ocurría en España. Cualquier ciudadano que se sienta afectado por la labor de esta unidad especial puede llevar su caso ante un tribunal especialmente constituido para fiscalizar la labor que realiza el MI5. La jurisdicción está integrada por entre tres y cinco jueces, nombrados por un plazo de cinco años y que pueden ser reelectos. Entre sus competencias está analizar las quejas contra la unidad de inteligencia y, desde luego, decidir si la intervención tenía o no un *fundamento razonable.* Cuando la respuesta es negativa, los jueces tienen las potestades suficientes para cerrar el caso y proceder a ordenar la destrucción de cualquier dato obtenido. También está contemplada la indemnización respectiva al afectado.

Lo digno de resaltar es que, aun tratándose de oficiales que realizan la importante tarea de contrainteligencia, el sistema potencia que, al igual que en materia procesal penal, al investigarse cualquier hecho delictivo, por grave que sea, el proceso debe ser supervisado y controlado por un juez, así se trate de asuntos que atañan a la seguridad nacional.

6. El derecho humano a la paz como norma jurídica

6.1. El caso del estudiante de derecho contra el presidente Abel Pacheco

En un segundo grado de dificultad se encuentra *el control de los actos de gobierno.* Estos actos han estado tradicionalmente excluidos del control jurisdiccional, por lo que es razonable cuestionarse si un simple comunicado del Poder Ejecutivo al Ministerio de Relaciones Exteriores, en el que el presidente se compromete a darle su apoyo al gobierno de los Estados Unidos en la alianza armada contra Irak, es un acto susceptible de ser fiscalizado por el contralor de constitucionalidad.

En Costa Rica, todo funcionario al aceptar el cargo suele jurar que cumplirá y respetará nuestra Constitución; el juramento conlleva que aun el presidente le debe obediencia. El recurrente sostiene que el acto es inconstitucional porque en el comunicado consta expresamente que no somos neutrales ante el conflicto que se genera entre el terrorismo y la paz, y que por ello apoyamos la coalición armada contra el Estado de Irak. Para declarar la guerra, en nuestro país se requiere la previa aprobación de la Asamblea Legislativa, y en este caso el Poder Ejecutivo se comprometió con el gobierno norteamericano sin que el Poder Legislativo hubiera autorizado el acto.

La paz es un elemento esencial de la política nacional en Costa Rica. Desde 1949 el ejército fue abolido y los cuarteles fueron convertidos en escuelas. En 1983, lo que era una forma de vida cobró una nueva dimensión jurídica, pues por medio de un *acto unilateral* [27] ante las Naciones Unidas depositamos la *Proclama de neutralidad perpetua y no armada,* por la que nos obligamos a "practicar una política exterior de neutralidad a fin de no involucrarse real o aparentemente en ningún conflicto bélico. Más aún, nos comprometemos a extender nuestros deberes de Estado perpetuamente neutral a los conflictos armados dentro de los Estados". Además hemos suscrito la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de Estados Americanos, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos a la Paz,[28] la Declaración sobre la Inadmisibilidad de Intervenir en los Asuntos Internos de los Estados y la Protección de su Independencia y Soberanía,[29] entre otros. En estos instrumentos el valor *paz* se menciona como un principio transversal, esencial para alcanzar el orden

[27] Resolución n.º 39/11 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

[28] Declaración n.º 2131 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 21 de diciembre de 1975.

[29] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 2008-14193, San José, a las 10:03 del 24 de setiembre del 2008.

internacional y la solución de los conflictos por medios pacíficos, pero ellos a la vez se convierten en instrumentos operativos que nos permiten formular un juicio de valor en cuanto a lo actuado por el presidente.

En esta sentencia, por primera vez desarrollamos el concepto de *Constitución viva* y la paz como valor que sustenta las bases del sistema democrático, útil como parámetro constitucional para contrastar si la actuación del presidente es compatible con el sistema de las Naciones Unidas para la resolución de conflictos entre las naciones —y, desde luego, la incitativa destinada a hacer justicia por propia mano y al margen de los criterios internacionales es ilícita—. Debemos agregar que de los artículos 12 y 50 de la Constitución derivamos la obligación de renunciar al uso de la fuerza para la solución de los conflictos, y nuestra norma suprema señala con claridad que nuestra seguridad debe encontrarse en el derecho internacional, que para la solución pacífica de los conflictos deben respetarse las directrices del Consejo de Seguridad, y que el uso de la fuerza siempre será la *ultima ratio*, situación que no se presentaba en el caso bajo estudio.

Por el contrario, de los argumentos del Poder Ejecutivo se desprendía una voluntad unívoca de apoyar incondicionalmente los fines de la coalición y el empleo de la fuerza en la acción bélica que se emprendía contra Irak. Este último aspecto fue concluyente para darle la razón al estudiante de Derecho que presentó la acción de inconstitucionalidad. En consecuencia, la Sala Constitucional declaró con lugar la acción y le ordenó al presidente que anulara el acto y, concomitantemente, que se llevaran a cabo las gestiones pertinentes, mediante el ministro de Relaciones Exteriores, para que se nos excluyera de la coalición. A favor del Ejecutivo debemos resaltar que al día siguiente de notificada la sentencia ordenó proceder conforme a ella.

6.2. El derecho humano a la paz contra la industria de la guerra

Varios años después, el mismo estudiante de Derecho interpuso una nueva acción de inconstitucionalidad en contra de la ministra de Salud y del presidente de la administración siguiente. En esta ocasión solicitó que se declarara la inconstitucionalidad de varias frases contenidas en el decreto ejecutivo n.º 33240-S, que habilitaban al Ministerio de Salud a otorgar el permiso sanitario respectivo para que pudieran fabricarse en el país armas de guerra (en esta clase se incluyen desde la fabricación de armas livianas a pesadas) y accesoriamente también se permitía la actividad comercial pertinente para extraer uranio y torio, así como la fabricación de reactores nucleares y la elaboración de material nuclear. La Contraloría General de la República se opuso a la pretensión, y ciertamente en nuestro medio no tenemos una acción popular de inconstitucionalidad, pero sí se les reconoce a nuestros ciudadanos una amplia legitimación para accionar cuando se invoque vulnerado el derecho a la paz.

En este sentido, y en relación con la defensa del derecho a la paz, en la sentencia n.º 2004-9992, del 8 de septiembre de 2004, la Sala manifestó que el derecho a la paz es un derecho de tercera generación y constituye un valor "fundante" de la nación de Costa Rica, que "legitima a cualquier costarricense para defenderlo, sin necesidad de

juicio previo" y que puede ser considerado como "un interés que atañe a la colectividad en su conjunto". En consecuencia, la acción se admitió para su estudio. La Sala sopesó los argumentos a favor de la actividad comercial, que a criterio de la Procuraduría era lícita, y por otro lado analizó los alcances del valor *paz* como parámetro de constitucionalidad. La sentencia sostuvo:

> [El] derecho a la paz tiene en el sistema costarricense un reconocimiento normativo que se deriva, no solo del texto de la Constitución Política, sino de los Tratados Internacionales ratificados por nuestro país, un reconocimiento jurisprudencial derivado de las sentencias emitidas por la Sala Constitucional; y sobre todo un reconocimiento social, conforme al sentir y el actuar de los propios costarricenses.[30]

Este último aspecto está íntimamente ligado al concepto de *Constitución viva,* comentado previamente, del cual se derivan obligaciones concretas para el Estado y en especial para el Poder Ejecutivo, pues sobre este recae con mayor peso la obligación de fomentar la paz, más aún en nuestro caso, en que nos hemos comprometido con lo que la doctrina denomina un *pacifismo incondicional o activo.* Por consiguiente, sostuvimos:

> […] un Estado que acepte la paz como un valor constitucional fundamental no podrá conformarse con la noción limitada de que paz es ausencia de guerra, sino que deberá ir más allá, previniendo y rechazando continuamente toda decisión y actuación que pueda propiciar y desembocar tal circunstancia. Ciertamente entre las actividades que puede considerarse opuestas al espíritu pacifista de una nación o país, está la fabricación de armas y la producción de determinados minerales o sustancias químicas. Ellas están directamente ligadas a situaciones de violencia, aun en circunstancias de legítima defensa […] Por consiguiente, un Estado que aspire a propiciar la paz, tanto a nivel interno como internacional deberá poner especial cuidado al autorizar la fabricación y/o importación de armas y sustancias químicas en su territorio, rechazando rotundamente aquellas que por su naturaleza han sido pensadas y creadas para favorecer el antivalor de la guerra.[31]

Como consecuencia, se declaró con lugar la acción y se anuló el decreto ejecutivo cuestionado.

---

[30] Sala Constitucional de La Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 2008-14193, San José, a las 10:03 del 24 de setiembre del 2008.

[31] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Cantos*, sentencia del 18 de septiembre del 2003.

7. Conclusión

Los derechos humanos son, hoy por hoy, el último reducto de las clases más desprotegidas de América Latina. El acceso a la justicia es un aspecto que los tribunales y salas constitucionales deberían fomentar para garantizar un recurso efectivo, en los términos de los artículos 1, 2 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No basta que exista el derecho y menos aún es suficiente que exista *formalmente* un recurso que le garantice la tutela judicial efectiva, si estos, por razones de pobreza, no son capaces de ejercer los derechos mínimos que la Convención les confiere.[32]

No debemos olvidar que los jueces constitucionales tenemos la obligación de abrir nuevas fronteras en protección de los más necesitados, aunque en doctrina se censure esta posición etiquetándola bajo un supuesto *activismo judicial.* Debemos recordar que el principio de progresividad y la prohibición de regresividad se encuentran regulados en los artículos 26 y 30 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, así como en el Protocolo Adicional a la Convención en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 1 y 5 del Protocolo de San Salvador). Dichas normas nos obligan a potenciar el respeto de los derechos humanos. Desde este punto de vista, nuestra labor es no solo admitir que estamos frente a normas jurídicas, sino que estas son, en efecto, vinculantes para el Estado, y en aquellos casos en que el *poder* transgrede cualquiera de las normas de la Convención, estamos en la obligación de declararlo así y ordenar la restitución del derecho vulnerado.

Ciertamente, todo juez constitucional ha visto la resistencia que existe en nuestros respectivos ordenamientos para que las cláusulas convencionales se respeten de manera efectiva. Las razones, como ha quedado expuesto, son múltiples. Algunas tienen su fundamento en la prevalencia del derecho interno sobre el internacional, que siempre suele verse como una forma de imposición extraña a nuestro buen derecho nacional. Otras son más sociológicas que jurídicas, pero siempre el resultado es el mismo: firmamos y ratificamos instrumentos sobre derechos humanos que nos negamos a aplicar en el derecho interno.

Debemos recordar que esas omisiones hacen referencia, en algunos casos, a los derechos mínimos dentro del proceso penal, como el derecho de intimación, de defensa, de legitimidad de la prueba, por mencionar algunos básicos. Otros tutelan a actores muy diversos, como el acceso a la información (artículo 13) que tanto les interesa a los periodistas, pero ¿quién de nosotros no desea ser tratado con dignidad, que se le garantice el derecho a la igualdad o el derecho a la vida?

En nuestro caso, y solo como experiencia de derecho comparado, podemos decir que todavía nos falta mucho por andar. Aunque en nuestras sentencias admitimos y utilizamos cada vez más la Convención como derecho exigible, para solucionar los conflictos que se nos presentan existen todavía enormes espacios que no hemos abordado. Esperamos que cada vez sean menos, y más los derechos humanos que efectivamente disfruten los ciudadanos de nuestra Latinoamérica.

---

[32] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cantos, sentencia del 18 de septiembre del 2003

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, PP. 263-274, ISSN 1510-4974

Rafael Caselli Pereira (Brasil)*

O direito fundamental à boa administração pública e o problema da epidemia do mosquito da dengue no Brasil

RESUMO

Por meio do presente artigo faremos uma abordagem da atuação do Poder Judiciário frente a questões de interesse público, tais como o paradigmático caso da epidemia de dengue enfrentado pelo Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, em decisão posteriormente mantida pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual ainda majorou o valor da indenização a ser paga de forma solidária pelo Estado e o Município do Rio de Janeiro (pela morte de uma menor por dengue hemorrágica). Assim, buscaremos analisar, à luz do direito fundamental à boa administração pública previsto na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000, alguns argumentos a serem cotejados pelo Superior Tribunal de Justiça ao enfrentar questões de interesse público tais como as indenizações originadas pela contaminação da dengue pela omissão do Poder Público, sempre levando em conta o caráter textualista ou consequencialista no posicionamento a ser adotado para solução do caso concreto.

Palavras-chave: administração pública, direitos fundamentais, responsabilidade do Estado, tribunais constitucionais, indenizações, Brasil.

ZUSAMENFASSUNG

Der vorliegende Artikel befasst sich mit dem Vorgehen der Justiz in Fragen des öffentlichen Interesses wie zum Beispiel der paradigmatische Fall der Dengue-Epidemie, der vom obersten Gericht des Bundesstaats Rio de Janeiro in einem Urteil entschieden wurde, das später vom obersten Berufungsgericht Brasiliens bestätigt wurde. Das Gericht erhöhte sogar die Entschädigungssumme, die (nach dem Tod einer Minderjährigen durch hämorrhagisches Dengue-Fieber) vom Bundesstaat und der Stadt Rio de Janeiro zu gleichen Teilen zu zahlen war. Ausgehend von dem in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union von 2000 niedergelegten Recht auf eine gute öffentliche Verwaltung werden auberdem einige Argumente analysiert, die vom obersten Berufungsgericht Brasiliens zum Vergleich heranzuziehen sind, wenn ihm Fragen des öffentlichen Interesses wie etwa die Zahlung von Entschädigungen, die durch eine auf ein Versäumnis der öffentlichen Verwaltung zurückzuführende Dengue-Verseuchung verursacht wurde, zur Entscheidung

---

* Mestre pela PUCRS – Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul. Membro e Especialista pela ABDCP – Academia Brasileira de Direito Processual Civil; Curso de Extensão em Direito Processual Constitucional pela Universidade de Lisboa. Autor de diversos artigos jurídicos. Advogado. ‹rafaeladv@terra.com.br

vorgelegt werden, wobei stets der textualistische oder konsequenzialistische Charakter der bei der Lösung des konkreten Einzelfalls vertretenen Meinung zu berücksichtigen ist.

Schlagwörter: öffentliche Verwaltung, Grundrechte, Verantwortung des Staates, Verfassungsgerichte, Entschädigungen, Brasilien.

ABSTRACT

This paper is an approach to the Judicial Branch's response to some matters of public interest, such as the paradigmatic case of the dengue fever epidemic submitted to the State Court of Rio de Janeiro. This ruling was upheld by the Superior Court of Justice, which even increased the value of the compensation to be paid jointly by the State and the Municipality of Rio de Janeiro (for the death of a child from dengue haemorrhagic fever). In light of the fundamental right to good administration established in the 2000 Charter of Fundamental Rights of the European Union, the paper analyses some of the arguments to be used by the Superior Court of Justice when dealing with matters of public interest, such as compensations for damages suffered from the transmission of dengue fever due to an omission of the public authorities, always bearing in mind the textualist or consequentialist position to be adopted when deciding each specific case.

Keywords: public administration, fundamental rights, State liability, constitutional courts, compensations, Brazil.

1. Considerações iniciais

O presente artigo pretende analisar o princípio constitucional à boa administração pública, o qual possui um papel de fundamental importância na garantia dos direitos (fundamentais explícitos e implícitos) dos cidadãos, tendo como base uma visão sistêmica de nosso ordenamento jurídico.

Num segundo momento, reservaremos especial atenção para a análise da atuação do Poder Judiciário frente a casos de interesse público, tais como o paradigmático caso da epidemia de dengue enfrentado pelo Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, por meio do julgamento do recurso de apelação n° 2008.001.03302 pela 17ª Câmara Cível em 19/03/2008, que condenou solidariamente o Estado e o Município do Rio de Janeiro ao pagamento de uma indenização no valor de R$ 30.000,00 (Trinta mil reais), pela morte de uma menor por dengue hemorrágica. Tal decisão foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o recurso especial n°1.133.257 na data de 27/10/2009, sendo o valor da indenização ainda majorado para R$ 50.000,00 (Cinquenta mil reais).

Assim, buscaremos analisar, à luz do direito fundamental à boa administração pública previsto na Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia de 2000, alguns argumentos (favoráveis e contrários) a serem cotejados, tanto pelo Superior Tribunal de Justiça, quanto pelo Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar tais questões, sempre levando em conta o caráter textualista ou consequencialista do posicionamento a ser adotado para solução do caso concreto.

No desenvolvimento do presente artigo faremos um cotejo dos litígios que envolvem a epidemia de dengue no Brasil à luz da concretização do que a doutrina, baseada na Carta de Nice, denominou como direito fundamental à boa administração pública.

Segundo números oficiais publicados no ano de 2008, foram 23.555 os casos registrados na cidade do Rio de Janeiro, mas ao somá-los aos detectados em localidades vizinhas, chegavam a mais de 35.902.

O número de mortos, ao longo do ano, girava em torno de 49, mas o número poderia ser muito maior, pois os médicos ainda esperavam pelo resultado de exames de outras 49 pessoas que faleceram com suspeitas de contaminação e desenvolvimento da doença.

Segundo relatório da Secretaria estadual de Saúde e Defesa Civil, dos incluídos na lista de falecidos, 29 casos ocorreram na cidade do Rio de Janeiro, local onde, segundo alguns especialistas, uma combinação de fortes chuvas e deficiências de saneamento básico criaram o *habitat* perfeito para a reprodução do mosquito *Aedes aegypti*, que transmite a doença.

A situação foi a pior vivida desde 2002, quando a dengue matou cerca de 90 pessoas em solo fluminense; 54 delas viviam na capital, dentre elas a menor de idade, cujo pai ajuizou a ação indenizatória (paradigma analisado no presente estudo).

O sujeito que se põe em atitude cognoscitiva em face da ciência do Direito depara-se com várias dificuldades, encontrando no direito positivo respostas (quase sempre) seguras na (interminável?) busca pela verdade. Será esta a nossa postura: analisar a possibilidade de que tal julgamento seja enfrentado à luz do direito fundamental à boa administração pública.

2. O direito fundamental à boa administração pública

Nos últimos anos, o direito fundamental à boa administração pública está adquirindo uma crescente importância como princípio norteador da atuação da administração pública, estando previsto em alguns textos internacionais como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia do ano de 2000[1] (art. 41[2]) e no Estatuto de Autonomia da Catalunha do ano de 2006[3] (art.30[4]).

---

[1] Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia. ‹http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf› (19/06/2010)

[2] Artículo 41. Derecho a una buena administración.

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

- el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,
- el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,
- la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

[3] Disponível em l http://www.gencat.cat/generalitat/cas/estatut/index.htm. Acesso em 20.06.08 às 23:48.

4 Artículo 30. Derechos de Acceso a los Servicios Públicos y a una Buena Administracion

1. Todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a los servicios públicos y a los servicios económicos de interés general. Las Administraciones públicas deben fijar

As referências ao princípio da boa administração pública, de forma mais ou menos precisa, já haviam sido realizadas pelos diversos ordenamentos jurídicos europeus.

Podemos destacar o artigo 97 da Constituição Italiana, que dispõe a necessidade dos órgãos administrativos de se organizarem segundo as normas da lei, de maneira a garantir o bom funcionamento e a imparcialidade da Administração. No caso de Portugal, o dever da boa administração pública está contido no artigo 202 da Constituição Portuguesa de 1976. Na Holanda, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm formulado desde 1949 uma série de princípios jurídicos a serem obedecidos pela Administração Pública antes de exercer seu poder discricionário. Na Bélgica, o Conselho de Estado lida frequentemente com os princípios gerais da boa administração.

No direito inglês, cabe referir a existência de um informativo da Administração da Justiça publicado em 1988, cujo capítulo II é denominado "*Formulation of Principles of Good Administration*".[5]

O direito fundamental à boa administração pública, em nosso sistema, se traduz nas palavras pioneiras do professor Juarez Freitas[6] como um "direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, a participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que o regem".

Ainda, o direito fundamental à boa administração pública, consagrado na Carta de Nice, ilustra o pensamento de Múgica-Herzog[7] como sendo "a verdadeira convivência democrática no reconhecimento de todo ser humano como pessoa, o que lhes permite relacionarem-se, mediante suas ações e omissões, em termos de igualdade".

Vanice Lírio do Valle,[8] em recente artigo sobre o assunto, conclui que "boa administração pública é um ideal que se busca". Define-a ainda como "etapa subsequente de

---

las condiciones de acceso y los estándares de calidad de estos servicios, con independencia del régimen de su prestación.

2. Todas las personas tienen derecho a ser tratadas por los poderes públicos de Cataluña, en los asuntos que les afectan, de forma imparcial y objetiva, y a que la actuación de los poderes públicos sea proporcionada a las finalidades que la justifican.

3. Las leyes deben regular las condiciones de ejercicio y las garantías de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2 y determinar los casos en que las Administraciones públicas de Cataluña y los servicios públicos que de ella dependen deben adoptar una carta de derechos de los usuarios y de obligaciones de los prestadores.

[5] Disponível em ‹http://www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf›. (20.06.2010)

[6] Freitas. *O controle dos atos administrativos e seus princípios fundamentais.* São Paulo, Malheiros,1997. p. 52.

[7] Mügíca-Herzog. Una buena administración como um recurso de derechos humanos. Derechos Humanos. Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México. El Ombudsman. Nuevas competencias, nuevas funciones [*on line*]. Número 58 Noviembre-Diciembre2002. ‹http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/ver/derhum/cont/58/pr/pr28.pdf› (21.06.2010).

[8] Valle. *Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. In* Interesse Público, ano 10, n.48, mar/abr.2008. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.105.

um longo e penoso amadurecimento democrático – e estará a exigir, como as etapas anteriores, determinação e aprendizado".

Diante do estudo e da definição do direito fundamental à boa administração pública, estamos aptos a proceder numa análise do tema a seguir proposto, onde situaremos tal premissa (fundamental) junto ao caso concreto envolvendo a Administração Pública e sua inoperância diante da proliferação da (epidemia de) dengue.

3. Responsabilidade do poder público frente à inoperância do controle e prevenção do mosquito da dengue

A responsabilidade do Estado está contida no parágrafo 6º[9] do artigo 37 da Constituição Federal.

Nos casos concretos a seguir analisados, que envolvem a omissão do Poder Público diante da disseminação do mosquito da dengue, estaríamos diante da hipótese de responsabilidade subjetiva da Administração Pública, determinada pela teoria da culpa anônima ou falta do serviço.

Diante de tal fato, eventual condenação da Administração Pública repousaria em omissão genérica, na hipótese de o ente municipal deixar de agir na forma da lei, ou seja, se da conduta omissiva (violação do dever jurídico) sobrevier resultado danoso.

Para o ministro do Superior Tribunal de Justiça Celso Antônio Bandeira de Mello deve ser aplicada a teoria subjetiva à responsabilidade do Estado por conduta omissiva. Para isso, argumenta o autor que a palavra "causarem" do artigo 37 parágrafo 6º da Constituição Federal somente abrange os atos comissivos, e não os omissivos, afirmando que estes últimos somente "condicionam" o evento danoso.

Comentando o supracitado artigo constitucional, Celso Antônio Bandeira de Mello[10] ensina que "De fato, na hipótese cogitada, o Estado não é o autor do dano. Em rigor, não se pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido condição do dano, e não causa. Causa é o fato que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado".

Para Rui Stoco,[11] "Não é apenas a ação que produz dano. Omitindo-se o agente público também pode causar prejuízo ao administrado e à própria Administração".

Nesse particular, José dos Santos Carvalho Filho [12] ensina que:

---

[9] Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

[10] Mello. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 623-624.

[11] Stoco. *Responsabilidade civil.* 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 624

[12] Carvalho. *Manual de direito administrativo.* 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 464.

> O Estado causa dano aos particulares por ação ou omissão. Quando o fato administrativo é comissivo, podem os danos ser gerados por conduta culposa ou não. A responsabilidade objetiva do Estado se dará pela presença de seus pressupostos - o fato administrativo, o dano e o nexo causal. Todavia, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente a reparar os prejuízos. A consequência, desse maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano.

Para ser apurada a responsabilidade do Estado por conduta omissiva deve-se indagar qual dos fatos foi decisivo para configurar o evento danoso, isto é, qual fato gerou decisivamente o dano e quem estava obrigado a evitá-lo. Desta forma, o Estado responderá, não pelo fato que diretamente gerou o dano (exemplo: enchente), mas por não ter ele praticado conduta suficientemente adequada para evitar o dano ou mitigar seu resultado, quando o fato for notório ou perfeitamente previsível.

Partindo desta premissa (responsabilidade subjetiva da Administração Pública), passaremos a analisar o julgamento do recurso de apelação nº 2008.001.03302[13] pela Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em 19/03/2008, onde o relator, desembargador Raul Celso Lins e Silva, entendeu que tanto o Estado quanto o Município do Rio de Janeiro seriam responsáveis solidariamente pela morte de uma menor por dengue hemorrágica, pois faltaram com o serviço preventivo ou repressivo no combate aos focos do mosquito *aedes aegypti* durante a epidemia da doença, ocorrida no Estado do Rio de Janeiro no ano de 2002.

O desembargador referiu, ainda, que o laudo realizado pela Coordenadoria de Controle de Vetores, dias após o óbito, constatou não haver qualquer foco na residência da família. Ao contrário, segundo o desembargador, foram encontrados diversos focos no quarteirão, inclusive em uma igreja. Segundo ele, houve omissão, tanto do

---

[13] INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ÓBITO DE MENOR PROVOCADA POR DENGUE HEMORRÁGICA. EPIDEMIA AMPLAMENTE DIVULGADA NO ANO DE 2002. OMISSÃO GENÉRICA DO ESTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. COMPROVAÇÃO DE CULPA. OMISSÃO NO COMBATE À DOENÇA. INEXISTÊNCIA DE FOCO NA RESIDÊNCIA DA VÍTIMA, MAS LOCALIZAÇÃO DE DIVERSOS NA VIZINHANÇA. AUSÊNCIA DO PODER PÚBLICO. DEFESA BASEADA EM PROGRAMAS E DEMONSTRATIVOS DE EXERCÍCIOS POSTERIORES. PREJUÍZOS E NEXO DE CAUSALIDADE PRESENTES NO CASO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO MUNICÍPIO E DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. DEVER DE REPARAR OS DANOS MORAIS COM R$30.000,00 (TRINTA MIL REAIS). REFORMA DA SENTENÇA PARA JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, INVERTENDO-SE O ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO.

Processo originário nº 2005.001.124649-0.

Estado como do município, na tomada de medidas preventivas, ficando caracterizada a ausência do poder público.

Por outro lado, cumpre referir que o município alegou em sua defesa ter realizado programa eficiente de combate à dengue. Porém, relatórios elaborados pela Coordenação de Epidemiologia demonstraram que tanto o Estado quanto a cidade do Rio de Janeiro faltaram com serviço preventivo ou repressivo no combate à doença.

O ponto nevrálgico a ser suscitado no julgamento acima referido diz respeito ao fato de que o Município do Rio de Janeiro, na tentativa de descaracterizar sua conduta omissiva, juntou documentos referentes ao plano de prevenção e combate ao dengue de exercícios *posteriores* ao da data do evento danoso, ou seja, programas de prevenção a dengues realizados *após* o ano de 2002.

No presente caso, restou ser incontroverso que a morte da menor ocorreu a partir da inoperância dos entes públicos ao lidar com a (epidemia de) dengue, através de seu dever legal de proteger, prevenir e controlar a doença (proliferação do mosquito *aedes aegypti*), providências imprescindíveis para evitar a fatalidade.

Tendo sido demonstradas a ocorrência do evento danoso (morte da menor), a omissão culposa dos entes públicos e o nexo de causalidade, a colenda Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reformou a decisão singular, para julgar parcialmente procedente o pedido, condenando, de forma solidária, o Estado e o Município do Rio de Janeiro ao pagamento de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de danos extrapatrimoniais ao pai da menor.

Na data de 27/10/2009 o Superior Tribunal de Justiça, além de manter a condenação solidária do Estado e do Município do Rio de Janeiro, ainda majorou o valor da indenização para R$ 50.000,00 (Cinquenta mil reais), conforme acórdão originado pelo julgamento do recurso especial 1.133.257.[14]

---

[14] PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE. DENGUE HEMORRÁGICA. CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO PELO TRIBUNAL A QUO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR IRRISÓRIO. CONFIGURADO.

1. Os danos morais na sua expressão econômica devem assegurar a justa reparação e a um só tempo vedar o enriquecimento sem causa do autor, mercê de considerar a capacidade econômica do réu, por isso que se impõe seja arbitrado pelo juiz de forma que a composição do dano seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplariedade e da solidariedade.

2. A modificação do quantum arbitrado a título de danos morais, em sede de recurso especial, é excepcional e admitida na hipótese de fixação em valor irrisório ou abusivo. Precedentes do STJ: REsp 860099/RJ, DJ 27.02.2008; AgRg no Ag 836.516/RJ, DJ 02.08.2007 e REsp 960.259/RJ, DJ 20.09.2007.

3. In casu, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro considerando a responsabilidade subjetiva e demonstrado o nexo de causalidade entre a omissão do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro no combate à epidemia de dengue e a ocorrência do evento morte, em razão de estar a vítima acometida por dengue hemorrágica e o dano moral advindo da mencionada omissão do agente estatal, fixou o pagamento de indenização, a título de danos morais, no valor equivalente a R$ 30.000,00 (trinta mil reais), com correção monetária a contar da decisão e juros de mora desde o evento fatal, nos moldes delineados no acórdão às fls. 360/362.

4. A análise das especificidades do caso concreto e dos parâmetros adotados por esta Corte, no exame de hipóteses análogas, conduz à conclusão de que o valor arbitrado a título de indenização por danos morais, R$ 30.000,00 (trinta mil reais), revela-se irrisório, ante a evidente desproporcionalidade entre o quantum indenizatório e a lesão suportada pelo autor, em razão da morte de sua filha e considerada a omissão do Estado, consoante assentado pelo Tribunal local: "Com efeito,

Não foi a primeira vez que a omissão do Estado no caso da dengue desaguou no Poder Judiciário. Em 18/09/2007 o Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, através da Décima Oitava Câmara Cível, se deparou com tal questão ao julgar o recurso de apelação 2007.001.36985.[15]

No caso acima referido, a Autora (que também contraiu dengue hemorrágica, mas não faleceu) ajuizou ação indenizatória tão somente contra o Município de Goytacazes, e, após análise do conjunto probatório, a colenda Décima Oitava Câmara Cível entendeu que, embora provada a contaminação pela doença e as sequelas, havia elementos demonstrando que o Município de Campos *promoveu* programa de combate à doença na época do fato, mantendo-se dessa forma, a improcedência da ação, cujo trânsito em julgado ocorreu em 02/04/2008.[16]

Assim, verificou-se nos autos que o Município de Campos de Goytacazes, diferentemente do caso (paradigma) envolvendo o Estado e o Município do Rio de Janeiro, apresentou documentação que atestava a existência de programas de prevenção e combate à dengue, envolvendo campanhas de conscientização e visitas quando da ocorrência da doença.

Ao decidir pela manutenção da improcedência da ação, o relator, desembargador Luis Felipe Salomão, ponderou que inexistia sequer indício de prova de que os programas de prevenção e combate a dengue haviam sido mal conduzidos, ou ainda, se

---

na época em que a filha do recorrente veio a óbito a imprensa escrita e falada noticiou epidemia de dengue no Município do Rio de Janeiro e outros adjacentes. Contra o fato, a municipalidade alega ter procedido a eficiente programa de combate.

Entretanto, todos os documentos por ela acostados aos autos se referem a exercícios posteriores ao do evento sub judice. Ademais, laudo realizado pela Coordenadoria de Controle de Vetores, dias após o óbito, constatou não haver qualquer foco na residência do apelante. Ao contrário, encontrou diversos focos no quarteirão, inclusive em uma igreja. Incontroversa, portanto, a omissão dos entes públicos na tomada de providências que seriam exigíveis, de forma razoável, para evitar a fatalidade. (fls. 361) 5. Consectariamente, a constatação de irrisoriedade do quantum indenizatório impõe a sua majoração de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, razão pela qual a indenização a título de danos morais deve ser majorada para R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Precedentes do STJ: REsp 1021992/RN, Primeira Turma, julgado em 02/10/2008, DJe 13/10/2008; REsp 976059/SP, Segunda Turma, julgado em 04/06/2009, DJe 23/06/2009; AgRg no REsp 932561/RS, Segunda Turma, julgado em 28/10/2008, DJe 25/11/2008 6. Recurso Especial provido para majorar o valor da indenização, a título de danos morais, para R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). (REsp 1133257/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 02/02/2010)

[15] APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MUNÍCIPE INFECTADO POR VÍRUS DA DENGUE. É CERTO QUE INCUMBE À MUNICIPALIDADE REALIZAR POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PREVENÇÃO E COMBATE À DENGUE, GARANTINDO A SAÚDE DO CIDADÃO. ENTRETANTO, A EPIDEMIA OCORRIDA NÃO DERIVA DE ATUAÇÃO POSITIVA DO ENTE MUNICIPAL. A PROLIFERAÇÃO DO MOSQUITO DECORRE DE OUTROS FATORES, COMO DEPÓSITOS DE ÁGUA, RESISTÊNCIA DA POPULAÇÃO EM ALTERAR SEUS HÁBITOS DE HIGIENE E FALTA DE PROGRAMA EFETIVO DE COMBATE À DOENÇA. POR ISSO QUE A RESPONSABILIZAÇÃO É SUBJETIVA. O CONJUNTO PROBATÓRIO DEMONSTRA A INFECÇÃO DA PRIMEIRA AUTORA PELO VÍRUS, ALÉM DE SEU EVIDENTE SOFRIMENTO DURANTE E APÓS A RECUPERAÇÃO. CONTUDO, INEXISTE PROVA DE QUE O PROGRAMA DE CONTENÇÃO E COMBATE AO MOSQUITO IMPLEMENTADO PELO MUNICIPIO FOI MAL CONDUZIDO. OU, AINDA, QUANTO A DISPOSIÇÃO DE PROGRAMA OUTRO MAIS EFETIVO, PROPOSITALMENTE NÃO IMPLEMENTADO PELO ENTE PÚBLICO. PRECEDENTE DO STJ. RECURSO DESPROVIDO. Processo originário nº 2005.014.025399-2.

[16] Houve interposição de agravo de instrumento da decisão que negou seguimento ao recurso especial; contudo, tal agravo não foi conhecido ante a ausência da certidão de intimação do acórdão recorrido, peça obrigatória consoante art. 544 § 1º, do Código de Processo Civil.

disponível programa outro mais efetivo, propositalmente não restou implementado pelo Município.

Por fim, cabe referir a existência de julgamento do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do recurso especial 703/471/RN,[17] originado da ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal.

O Ministro João Otávio de Noronha, relator do julgamento do recurso especial acima referido, com muita sabedoria entendeu que "Indiscutivelmente, o Estado tem o dever de fomentar ações que visem a redução de riscos de doenças, mormente quando se acena no horizonte a possibilidade de uma possível epidemia. Na verdade, não haveria sequer necessidade de lei estabelecer tal dever estatal, porquanto é intuitivo que a administração pública esteja voltada para a gestão de interesses coletivos, o mais diversificados quanto for exigido por essa coletividade, propugnado pela ordem social, objeto esse que se veria alijado se a saúde pública fosse preterida".

Apesar de a Prefeitura do Rio de Janeiro não admitir, ainda no mês de março de 2008 a cidade já estaria sob uma epidemia de dengue, eis que, de acordo com a classificação do Ministério da Saúde, a epidemia se configura quando as taxas de incidência são superiores a 300 casos por 100 mil habitantes. De janeiro a 19 de março de 2008, a capital fluminense registrou 20.269 casos, ou seja, 346 casos/100 mil habitantes.

Até o mês de maio de 2008, conforme fontes oficiais,[18] já haviam sido registrados, somente no Estado do Rio de Janeiro 162.701 casos de dengue, com 123 mortes

---

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS. EPIDEMIA DE DENGUE. DANO COLETIVO E ABSTRATO. RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO. SERVIÇO DEFICIENTE NÃO-CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

1. O art. 127 da Constituição Federal estabelece a competência do Ministério Público para promover a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis por meio da ação civil pública, na forma do art. 129 da Carta Magna e do art. 1º, IV, da Lei n. 7.347/85, abarcando quaisquer direitos transindividuais, sejam eles difusos ou coletivos, ou mesmo individuais homogêneos, não havendo "taxatividade de objeto para a defesa judicial" de tais interesses.

2. A responsabilidade civil por omissão, quando a causa de pedir da ação de reparação de danos se assenta no *faute du service publique,* é subjetiva, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferido sob a hipótese de o Estado deixar de agir na forma da lei e como ela determina.

3. A responsabilidade civil do Estado, em se tratando de implementação de programas de prevenção e combate à dengue, é verificada nas seguintes situações distintas: a) quando não são implementados tais programas; b) quando, apesar de existirem programas de eficácia comprovada, mesmo que levados a efeito em países estrangeiros, o Estado, em momento de alastramento de focos epidêmicos, decida pela implementação experimental de outros; c) quando verificada a negligência ou imperícia na condução de aludidos programas.

4. Incabível a reparação de danos ocasionada pela *faute du service publique* quando não seja possível registrar o número de vítimas contaminadas em decorrência de atraso na implementação de programa de combate à dengue, não tendo sido sequer comprovado o efetivo atraso ou se ele teria provocado o alastramento do foco epidêmico.

5. Incabível a reparação de danos ocasionada abstratamente à coletividade, sem que seja possível mensurar as pessoas atingidas em razão de eventual negligência estatal, mormente em havendo fortes suspeitas de que a ação estatal, se ocorrida atempadamente, não teria contribuído para evitar o dano nas proporções em que se verificou.

6. Recurso especial do Município Currais Novos não-conhecido.

7. Recursos especiais da União e da Funasa providos em parte. RESP 703.471/RN, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 21/11/2005.

[18] Disponível em: ‹http://www.correiodobrasil.com.br/noticia.asp?c=139046› (28.06.2010).

confirmadas e 116 sob investigação. As informações são da Secretaria estadual de Saúde.

De acordo com o balanço divulgado pela Secretaria, o maior número de notificações está concentrado na faixa de 15 a 49 anos, com 54% dos casos. Já na faixa de 0 a 15 anos foram registradas 42% das mortes. Dos óbitos, 45% foram por dengue hemorrágica.

Entre as mortes confirmadas, o município do Rio de Janeiro havia sido o que registrou o maior número: 75.

4. Considerações finais

Mesmo não positivado, como nas constituições acima comparadas, o direito à boa administração pública é um dos vetores das orientações democráticas contidas na Carta Política, que coloca o estado na posição de realizador do bem-estar social.

Com base no Estado Providência, a Constituição brasileira carrega uma gama de princípios que conduzem necessariamente o Estado a manter uma postura ativa no que concerne à proteção dos seus cidadãos.

A crítica à postura estatal (na figura política do Município do Rio de Janeiro) para o caso da dengue inicia no momento em que este deveria agir e se omitiu. Inerte quedou diante do nascimento da epidemia. Num segundo instante deu de ombros para a realidade, deixando inclusive de admitir a existência do problema.

Em outra etapa, a municipalidade agiu, mas a ação, além de frívola, foi tardia, como mostra o aresto paradigmático, contribuído para o alastramento da epidemia e do estado de pânico provocado na população.

Os estudos sobre o tema demonstram cabalmente que tal *frenesi* poderia ter sido evitado com políticas públicas de prevenção, com um tratamento adequado sobre o tema e com uma ação estatal severa e dirigida no combate ao mosquito da dengue.

Por óbvio, se a prevenção e o próprio combate repressivo não reuniram condições de solver mesmo que minimante a epidemia de dengue, é a trilha das indenizações pessoais que o Estado, como medida finalística de autocontrole, respeitando o basilar princípio da separação dos poderes, deve percorrer, explorando o cunho pedagógico das condenações, a partir da evidente responsabilização civil estatal, e do inarredável direito à boa administração pública, motivador e instigador das respostas sociais e que dá suporte ao Estado Democrático, pois, se assim não for, para que democracia representativa?

O agir do ente público deve contemplar, como medida de eficiência em sentido estrito, o investimento em tecnologias com base em estudos científicos, partindo do prisma multidisciplinar, mirando um nível de excelência, a fim de corresponder às orientações principiológicas que emanam do direito fundamental à boa administração pública.

Tal procedimento deve atender aos requisitos mínimos para a realização/confecção de políticas públicas e/ou de combate direto ao problema relatado.

A inoperância da municipalidade frente da epidemia da dengue deve por si, necessariamente, fomentar e fundamentar a aplicação de indenizações individuais, bem como atravessar, aproveitando o mesmo leito argumentativo, a esfera dos direito coletivos para retirar a municipalidade do estado de "letargia" em que ainda se encontra.

O direito a boa administração pública, em suma, nada mais é do que a interpretação convergente e sistemática dos princípios constitucionais e administrativos que dão o tom obrigacional, de cunho impositivo, a criar e fiscalizar o cumprimento do pacto democrático por parte do Estado.

Referências bibliográficas

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* Madri,1993.

Carvalho Filho, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1991.

Dworkin, R. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel Derecho, 1984.

Enterría, Eduardo Garcia de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional.* 4 ed. Madri: Civitas, 2006.

França, Vladimir da Rocha. Considerações sobre o Controle de Moralidade dos Atos Administrativos. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, 1999.

Freitas, Juarez. *O controle dos atos administrativos e seus princípios fundamentais.* São Paulo, Malheiros,1997.

— *A Interpretação Sistemática do Direito.* 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Gadamer, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 2002.

Lopes, Mauricio Antonio Ribeiro. *Ética e administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 1996.

Mello, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo:Malheiros, 2002.

Moraes, Alexandre. *Os 10 anos da constituição federal*. São Paulo: Atlas, 1999.

Mügíca-Herzog, Enrique. *Una buena administración como un recurso de derechos humanos*. Derechos Humanos. Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México. El Ombudsman. Nuevas competencias, nuevas funciones [*on line*]. Número 58 Noviembre-Diciembre2002. Disponível em: ‹http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/ver/derhum/cont/58/pr/pr28.pdf›. Acesso em 21.06.08

Stoco, Rui. *Responsabilidade civil.* 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Valle, Vanice Lírio do. *Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. In* Interesse Público, ano 10, n.48, mar/abr.2008. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Madri: Trotta, 1995.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, PP. 275-289, ISSN 1510-4974

Ana Maria D'Ávila Lopes (Brasil)*

El derecho fundamental de los indígenas brasileños a la tierra

RESUMEN

La Constitución Federal brasileña de 1988 instituyó un nuevo paradigma para la protección de los indígenas al asegurarles diversos derechos, como la preservación de su cultura y la posesión de sus tierras. Ambos derechos se encuentran íntimamente ligados, pues la tierra para el indígena no es solo la fuente de su sustento económico, sino condición *sine qua non* de su propia existencia. En ese contexto, este trabajo tiene como objetivo fijar los contornos conceptuales y discutir los aspectos más polémicos del derecho de los indígenas brasileños a la tierra, a partir del análisis de la sentencia emitida por el Supremo Tribunal Federal sobre la demarcación de la reserva indígena Raposa Serra do Sol, considerado el *leading case* sobre la materia.

Palabras clave: protección de los derechos fundamentales, derecho de los indígenas a la tierra, tierras indígenas, Constitución política, caso *Raposa Serra do Sol,* Brasil.

ZUSAMENFASSUNG

Die brasilianische Bundesverfassung von 1988 führte ein neues Paradigma zum Schutz der indigenen Bevölkerung ein, als sie ihr bestimmte Rechte wie den Schutz ihrer Kultur und den Besitz ihres Landes zugestand. Beide Rechte sind direkt miteinander verbunden, denn für die indigene Bevölkerung bildet das Land nicht nur die wirtschaftliche Lebensgrundlage, sondern es ist die *conditio sine qua non* ihrer Existenz schlechthin. In diesem Zusammenhang beabsichtigt diese Arbeit, mit Hilfe einer Analyse des Urteils des brasilianischen Obersten Bundesgerichts über die Demarkation der Indigenenreserve Raposa Serra do Sol als Präzedenzfall auf diesem Gebiet den konzeptionellen Rahmen des Rechts der indigenen Bevölkerung Brasiliens auf Landbesitz festzulegen und dessen umstrittenste Aspekte zu diskutieren.

Schlagwörter: Schutz der Grundrechte, Recht der indigenen Bevölkerung auf ihr Land, indigenes Land, Verfassung, der Fall *Raposa Serra do Sol,* Brasilien.

---

* Posdoctora en Derechos Indígenas por la University of Auckland (Nueva Zelanda). Máster y doctora en Derecho Constitucional por la Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil). Profesora del Programa de Post-Grado en Derecho de la Universidade de Fortaleza (Brasil). ‹anadavilalopes@yahoo.com.br›

ABSTRACT

The Brazilian Federal Constitution of 1988 established a new paradigm for the protection of indigenous people by guaranteeing several rights, such as preservation of their culture and possession of their lands. Both rights are closely linked, since for indigenous people, land is not only their source of livelihood but the *sine qua non* condition of their very existence. In that context, this paper seeks to define the conceptual boundaries and discuss the more controversial aspects of Brazilian indigenous people's right to the land, based on the analysis by the Supreme Federal Court in its ruling on the demarcation of the Raposa Serra do Sol indigenous reservation, which is considered the leading case on the subject.

Keywords: protection of fundamental rights, indigenous people's right to the land, political Constitution, *Raposa Serra do Sol* case, Brazil.

1. Introducción

Según estudios recientes, la población indígena brasileña es de alrededor de 460.000 habitantes, los que se encuentran distribuidos en 225 comunidades. Tales datos se refieren a los que viven en aldeas, pero se estima que debe haber entre 100.000 y 190.000 viviendo fuera de ellas, inclusive en áreas urbanas.

Como sucedió en el resto del continente americano, el proceso de colonización europea provocó una extensa serie de abusos contra los indígenas y su cultura. Esa situación solamente comenzó a cambiar en las últimas décadas. Momento paradigmático de ese cambio fue la promulgación de la Constitución Federal en 1988, que abandonó la imperante política asimilacionista para dar lugar al reconocimiento de diversos derechos indígenas, tales como el derecho a la preservación de su cultura (artículo 231, *caput*); el derecho a ser educado en su propio idioma y por medio de sus propios procesos de aprendizaje (artículo 210, § 2.º); el derecho originario a la posesión de las tierras tradicionalmente ocupadas por ellos y al usufructo de las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos en ellas existentes (artículo 231, *caput* § 2.º), y la protección directa del Ministerio Público (artículo 232).

Entre esos derechos, merece estudio más detallado el derecho fundamental a la tierra,[1] debido al papel fundamental que posee para la preservación de la cultura indígena y por constituir la más esencial de sus reivindicaciones, como bien señala Souza Filho: "*O direito à terra, entendida como o espaço de vida e liberdade de um grupo humano, é a reivindicação fundamental dos povos indígenas brasileiros e latino-americanos*".[2]

El derecho de los indígenas a la tierra tiene en Brasil algunas características particulares, conforme se expone a continuación.

---

[1] Fundação Nacional do Índio, "Os índios", disponible en ‹https://www.funai.gov.br/› (14/9/2009).

[2] Ana Maria D'Ávila Lopes y Karine Mattos: "O direito fundamental dos indígenas à terra: uma investigação científica do Brasil Colônia ao Estado Democrático de Direito", en *Revista de Informação Legislativa*, Brasilia, vol. 43, 2006, pp. 221-234.

2. Elucidación del tipo de derecho

En primer lugar, es importante señalar que los indígenas brasileños no son considerados propietarios de las tierras que tradicionalmente ocupan, sino apenas sus poseedores. La propiedad de las tierras ocupadas por los indígenas le cabe a la Unión (artículo 20, XI, de la Constitución), y su usufructo está reservado exclusivamente a los indígenas (artículo 231, § 2.º, de la Constitución).

Ese modelo —Unión propietaria e indígenas poseedores— fue adoptado por el constituyente brasileño con el objetivo de preservar la cultura indígena, cuya existencia está íntimamente ligada a la tierra. De ese modo, al establecerse constitucionalmente que la Unión sería la propietaria de las tierras, se evitó que los indígenas pudiesen disponer de ellas, mientras que al asegurarse a los indígenas el derecho exclusivo de usufructo, se impidió que la Unión pudiese disponer de ellas. Fue así como se construyó un modelo biunívoco en que ambos sujetos (Unión e indígenas) se autodelimitan, con lo que se evita cualquier exceso capaz de derivar en la pérdida de la tierra y, consecuentemente, en la extinción de la comunidad indígena.

3. Naturaleza jurídica del derecho de los indígenas a la tierra

A pesar de que el derecho de los indígenas a la tierra no fue incluido en el título II de la Constitución Federal de 1988, que se refiere a los derechos y a las garantías fundamentales, es posible afirmar que, con base en el § 2.º del artículo 5.º, se trata de un derecho fundamental.

Según la referida norma, son derechos fundamentales: a) los que se encuentran expresos en la Constitución, es decir, no apenas los expresamente establecidos en el título II, sino en cualquier otra parte del texto, como el derecho al medioambiente, que está previsto en el título VIII; b) los emanados de los principios constitucionales, que no necesariamente son los que se encuentran recogidos en el título I, sino en cualquier otra parte de la Constitución; c) los derivados del régimen político adoptado, que es el democrático, y d) los que se encuentren previstos en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado brasileño. En este último caso, conforme el § 3.º del artículo 5.º, los tratados internacionales podrán tener jerarquía constitucional siempre que sean aprobados siguiendo el mismo procedimiento utilizado para una enmienda (votación en dos turnos en Diputados y Senadores, con mayoría de tres quintos en cada una de las cámaras), configurando lo que la doctrina llama *bloque de constitucionalidad.*[3]

Flávia Piovesan,[4] al analizar el § 2.º del artículo 5.º, afirma que su inclusión en la Constitución deriva de reconocer la fuerza expansiva de los valores de la dignidad

[3] Carlos Frederico Marés Souza Filho: *O renascer dos povos indígenas para o direito,* Curitiba: Juruá, 2005, p. 119.

[4] Cf. Ana Maria D'Ávila Lopes y Samuel de Araújo Marques: "O bloco de constitucionalidade no direito comparado e no direito brasileiro", en Francisco Luciano Lima Rodrigues (org.): *Estudos*

humana y de los derechos fundamentales, en cuanto parámetros axiológicos que orientan la comprensión del texto constitucional. De ese modo, la lista de derechos y garantías fundamentales en un Estado democrático como el brasileño no puede ser taxativa, sino que debe estar siempre abierta al reconocimiento de los valores de la sociedad que pretende regular.

Es esa, precisamente, la base conceptual de los derechos fundamentales, los cuales pueden ser definidos como los principios jurídicos de jerarquía constitucional que reflejan los valores más importantes de cada sociedad y buscan proteger directamente la dignidad humana, legitimando la actuación del Estado y de los particulares.[5]

De la definición se puede inferir que los derechos fundamentales son normas de la más alta jerarquía, en la medida en que buscan preservar la dignidad de todo ser humano, tarea que debe ser el centro y fin de todo acto, público o privado. Es más, su función de proteger la dignidad humana es el elemento clave para caracterizar un derecho como fundamental. Es cierto que todo derecho, toda norma jurídica, tiene como objetivo salvaguardar el bienestar del ser humano —o por lo menos así debería serlo—, pero, en el caso de los derechos fundamentales, esa protección es directa y sin mediaciones normativas.

Así, con base en los argumentos antes expuestos, es posible afirmar que el derecho de los indígenas a la tierra es un derecho fundamental, pues, a pesar de no haber sido incluido expresamente en el título II, esa condición deriva de su propia naturaleza. Después de todo, la tierra es incuestionablemente un elemento esencial para la preservación de la cultura indígena. Así se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua,* el 31 de agosto de 2001:

> 149. […] Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.[6]

La importancia de reconocer la fundamentalidad del derecho de los indígenas a la tierra es crucial para garantizarle una mejor y firme protección. Diversos mecanismos constitucionales se encuentran establecidos para tal fin, como la norma que dispone que todo derecho y garantía fundamental tiene aplicación inmediata (artículo 5.º, § 1.º).

---

de direito constitucional e urbanístico, São Paulo: RCS, 2007, vol. 1, pp. 39-54.

[5] Flávia Piovensan: *Direitos humanos e o direito constitucional internacional,* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 160.

[6] Ana Maria D'Avila Lopes: *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar,* Porto Alegre: Fabris, 2001, pp. 36-37.

Finalmente, el derecho de los indígenas a la tierra puede ser clasificado como un derecho fundamental difuso o de la tercera generación, en la medida en que corresponde a un derecho transindividual, de naturaleza indivisible, de un grupo indeterminado de personas, unidas por una situación de hecho.[7]

4. Clasificación de las tierras indígenas

Las tierras tradicionalmente ocupadas por los indígenas son bienes de la Unión, es decir, son bienes públicos (artículo 29, XI, de la Constitución).

Los bienes públicos son clasificados, según el artículo 99 del Código Civil (ley n.º 10.406/2.002), en: a) de uso común o uso indistinto de todas las personas; b) de uso especial, destinados a una finalidad específica, y c) bienes dominicales, que constituyen el patrimonio de las personas jurídicas de derecho público, como objeto de derecho personal o real de cada una de esas entidades.

Con base en esa clasificación de bien público, las tierras indígenas pueden ser consideradas bienes de uso especial, ya que son bienes públicos destinados a un fin específico, cual es la posesión permanente de los indígenas para el usufructo de las riquezas del suelo, ríos y lagos en ellas existentes.

Debido a su cualidad de bien público de uso especial, las tierras indígenas son inalienables (artículo 100 del Código Civil, ley 10.406/2.002), imprescriptibles (artículo 100 de la Constitución Federal) e inembargables (parágrafo único del artículo 191 de la Constitución Federal).

> As terras habitadas tradicionalmente pelos índios constituem bens públicos federais e são por conseqüência intangíveis. A Constituição prescreve que tais terras são inalienáveis e indisponíveis, bem como imprescritíveis os direitos sobre elas. Assim sendo, as terras ocupadas pelas comunidades indígenas caracterizam-se por sua inalienabilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade. Também as terras indígenas são imunes à ação expropriatória do Poder Público, conforme a Lei federal n. 6.001/73, artigo 38. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios constituem *res extra commercium*, uma vez que no podem ser objeto de arrendamento, ato ou negócio jurídico restritivo do pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas.[8]

Es así también como lo dispone la Constitución en el § 4.º del artículo 231, donde se establece que las tierras indígenas son inalienables, indisponibles e imprescriptibles.

---

[7] Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 31 de agosto de 2001, serie C, n.º 79, disponible en ‹http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=15› (15/10/2009).

[8] Definición de derecho difuso prevista en el inciso I del parágrafo único del artículo 81 del Código de Defensa del Consumidor, ley n.º 8078/1990.

5. Derechos originarios sobre las tierras

En el *caput* del artículo 231 de la Constitución se establece que les son reconocidos a los indígenas los derechos *originarios* sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, lo cual, para muchos juristas, significa el reconocimiento constitucional del instituto del *indigenato*.

El indigenato es una institución lusobrasileña creada en el Alvará Regio de 1 de abril de 1680, por medio del cual se reconoció a los indígenas la condición de primarios y naturales señores de las tierras de Brasil.[9]

En ese contexto, se entiende que el derecho de los indígenas a la tierra no es un derecho adquirido, sino que es originario o congénito, es decir, comienza y termina con ellos, sin necesidad de otro requisito que no sea la simple relación existencial con la tierra.

Por tratarse de una posesión ab origine, o sea, presente en la conciencia de las comunidades indígenas, no se encuentra regulada por el derecho civil, sino que obedece a los parámetros antropológicos de cada comunidad indígena.

Por otro lado, la expresión "tradicionalmente ocupadas" no se refiere a una ocupación inmemorial, sino a la ocupación de las tierras en su cualidad de hábitats, es decir, destinadas a la realización de las actividades productivas y a la preservación de los recursos ambientales necesarios al bienestar de la comunidad, así como para su reproducción física y cultural, conforme sus usos, costumbres y tradiciones (artículo 213, § 1.º, de la Constitución).

De ese derecho deriva el principio de la irremovilidad de los indígenas de sus tierras; solo se admiten, como excepción, los casos de catástrofe o epidemia, en los cuales la remoción deberá ser realizada ad referendum del Congreso Nacional o para proteger la soberanía nacional, en cuyo caso será necesaria la aprobación previa del Congreso Nacional. En todos los presupuestos citados debe garantizarse el retorno inmediato de los indígenas a sus tierras una vez cesado el riesgo (artículo 231, § 5.º).

6. Usufructo constitucional

El § 2.º del artículo 231 de la Constitución Federal determina que las tierras tradicionalmente ocupadas por los indígenas se destinan a su posesión permanente, y a ellos les cabe el usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos que allí existen. En ese sentido, la Carta Magna atribuye la nuda propiedad de esas tierras a la Unión y confiere a los indígenas el usufructo exclusivo de sus riquezas naturales.

El derecho de usufructo exclusivo significa que los indígenas pueden aprovecharse de todos los recursos naturales de sus tierras, como los frutos, utilidades y rendimientos, siempre que no vulneren la sustentabilidad ambiental, en la medida en que eso

[9] Luiz Pinto Ferreira: *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 12.ª ed., 2002, p. 577.

comprometería el derecho de las futuras generaciones indígenas a la tierra (artículo 225 de la Constitución).

Ese derecho ya se encontraba previsto en el Estatuto del Indio (ley 6001/1973), en el artículo 24:

> Artículo 24. O usufruto assegurado aos índios ou silvícolas compreende o direito à posse, uso e percepção das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas, bem assim ao produto da exploração econômica de tais riquezas naturais e utilidades.
>
> § 1.º Incluem-se, no usufruto, que se estende aos acessórios e seus acrescidos, o uso dos mananciais e das águas dos trechos das vias fluviais compreendidos nas terras ocupadas.
>
> § 2.º É garantido ao índio o exclusivo exercício da caça e pesca nas áreas por ele ocupadas, devendo ser executadas por forma suasória as medidas de polícia que em relação a ele eventualmente tiverem de ser aplicadas.

Sin embargo, el derecho de usufructo exclusivo no obliga a los indígenas a usar o explotar directamente las riquezas, pues les es permitido asociarse y ser asesorados por terceros en proyectos que objetiven la explotación de sus recursos naturales. De cualquier forma, debido a que las tierras indígenas son inalienables, ellos no pueden involucrarse en proyectos que ocasionen la pérdida de la posesión de sus tierras o que comprometan la sustentabilidad de sus recursos. Así fue establecido tanto en la Constitución (artículo 213, § 6.º), como en el Estatuto del Indio (artículo 18, caput).

Por otro lado, en la definición de usufructo exclusivo indígena debe distinguirse: a) el uso de los recursos naturales para atender las necesidades internas de las comunidades indígenas, en conformidad con sus usos, costumbres y tradiciones, y b) la producción de excedentes para la comercialización, aunque sea para su subsistencia. En la primera hipótesis, los recursos y los bienes podrán ser utilizados sin ninguna restricción, en la medida en que, por la propia cosmología indígena, de respeto por la naturaleza, no hay riesgo de que puedan cometer algún exceso contra ella (el indígena no tiene una visión antropocéntrica de la naturaleza como la que está presente en la cultura occidental).[10] Ya en la segunda hipótesis, la extracción de esos excedentes deberá seguir las normas de protección ambiental, es decir, estará limitada por la legislación aplicable, principalmente la ambiental.

7. Proceso de demarcación de las tierras indígenas

El proceso de demarcación de las tierras indígenas es un acto administrativo por medio del cual se establecen los límites de esas tierras. La demarcación es un deber de la

[10] Manuela Carneiro Cunha: *Os direitos dos índios: ensaios e documentos,* São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 33.

Unión, conforme lo dispuesto en el *caput* del artículo 231 de la Constitución, donde se estipula que, aparte de demarcarlas, es obligación de la Unión también protegerlas y hacer respetar todos sus bienes.

En el artículo 65 del Estatuto del Indio se estableció el plazo de cinco años para la demarcación de las tierras indígenas, el cual no fue cumplido. Frente a eso, en la Constitución Federal de 1988 se fijó un nuevo plazo de cinco años, que tampoco fue cumplido (artículo 67 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias). De cualquier forma, la inobservancia de esos plazos no perjudica la obligación de concluir la demarcación, ya que se trata de plazos de carácter no perentorio, cuyo objetivo era indicar la duración aproximada de la realización de los trabajos.

El procedimiento para la identificación, delimitación, demarcación física, homologación y registro de las tierras indígenas está regulado en el decreto 1775, del 8 de enero de 1996. La competencia para la iniciativa y orientación del procedimiento fue atribuida al órgano federal de asistencia al indio (artículo 1.º del decreto 1775/1996), que actualmente es la Fundación Nacional del Indio (FUNAI).

El paso inicial del procedimiento es la designación, por la Fundación Nacional del Indio, de un grupo técnico especializado, compuesto de preferencia por servidores de su cuadro funcional y coordinado por un antropólogo, para realizar los estudios de naturaleza etnohistórica, sociológica, jurídica, cartográfica y ambiental necesarios, así como para el levantamiento topográfico de la tierra (artículo 2.º, § 1.º, del decreto 1775/1996).

En caso de que se necesite hacer el levantamiento topográfico, este podrá ser realizado en conjunto entre el órgano federal y estadual, y también será posible solicitar la colaboración de la comunidad científica o de otros órganos públicos (artículo 2.º, § 2.º y 4.º, del decreto 1775/1996).

La participación de la comunidad indígena afectada es asegurada en todas las fases del proceso de demarcación (artículo 2.º, § 3.º del decreto 1775/1996).

Después de concluido el trabajo de identificación y delimitación del área a ser demarcada, el grupo técnico debe presentar informe circunstanciado al órgano federal de asistencia al indio, el cual, tras aprobarlo, mandará, en el plazo de quince días de la fecha de su recibimiento, publicar su resumen en el *Diario Oficial de la Unión* y en el diario oficial de la unidad federada donde se localice el área a ser demarcada. La publicación debe ser acompañada del memorial descriptivo y del mapa del área, así como divulgada en la sede municipal donde se encuentre el inmueble (artículo 2.º, § 7.º, del decreto 1775/1996).

Hasta noventa días después de la publicación del resumen, los interesados y los gobiernos de los estados y municipios donde se encuentra el área que fue identificada y delimitada pueden reivindicar eventual indemnización o demostrar los posibles vicios totales o parciales del informe (artículo 2.º, § 8.º, del decreto 1775/1996). Para tal fin, deben presentar al órgano federal de asistencia al indio los motivos y las pruebas pertinentes (títulos de dominio, laudos periciales, pareceres, declaraciones de testigos, fotografías, mapas, etcétera). Esta norma es la que viene provocando el mayor número de controversias, debido a que frecuentemente es utilizada por ocupantes no indígenas de las tierras para atrasar indebidamente el proceso de demarcación.

De cualquier forma, esas reclamaciones deben ser analizadas por el grupo técnico del órgano federal de asistencia al indio, el cual debe emitir una opinión al respecto y enviarla, junto con todo el procedimiento, al Ministro de Justicia en el plazo de sesenta días contados desde la publicación del resumen del informe del procedimiento de demarcación (artículo 2.º, § 9.º, del decreto 1775/1996).

Recibido el procedimiento, el Ministro de Justicia tiene, según el § 10.º del artículo 2.º, treinta días para pronunciarse, y puede: a) declarar mediante una *portaria* el área indígena que será demarcada; b) determinar que se adopten las diligencias necesarias para subsanar los posibles errores o deficiencias del proceso, las cuales deberán ser cumplidas en el plazo de noventa días, o c) reprobar el informe del órgano federal de asistencia al indio mediante decisión fundamentada que demuestre su no encuadramiento en lo dispuesto en el § 1.º del artículo 231 de la Constitución.

Después de analizado el informe se realiza la demarcación física de la tierra indígena, procedimiento que debe ser homologado por el presidente de la República mediante un decreto (artículo 5.º del decreto 1775/1996). Posteriormente el área demarcada se registra en la Oficina de Registros Inmobiliarios de la comarca donde se encuentre localizada y también en la Secretaria del Patrimonio de la Unión del Ministerio de Hacienda, lo que debe ser realizado por el órgano federal de asistencia al indio en los treinta días siguientes a la publicación del decreto de homologación (artículo 6.º del decreto 1775/1996).

Por otro lado, si se constata la presencia de ocupantes no indígenas en las tierras demarcadas, la Comisión Permanente de Averiguación, creada por la Fundación Nacional del Indio, determinará el pago de las mejoras realizadas en las tierras indígenas, pero siempre que los ocupantes lo sean de buena fe y se respete el planeamiento presupuestario de la Unión.

La demarcación de las tierras es fundamental para una comunidad indígena, a tal punto que, en caso de omisión, los indígenas pueden demandar judicialmente a la Unión, exigiendo el cumplimento de esa obligación constitucionalmente establecida (artículo 231, *caput*). Para ello deben cumplirse los requisitos exigidos para toda acción judicial: a) posibilidad jurídica del pedido (artículo 295, parágrafo único, inciso III, del Código de Proceso Civil, ley 5869/1973); b) legitimidad para la acción (artículo 295, inciso II, del Código de Proceso Civil), y c) interés procesal (artículo 295, inciso III, del Código de Proceso Civil).

También deberán estar presentes los presupuestos procesales con relación a las partes: a) capacidad para ser parte; b) capacidad para estar en juicio, y c) capacidad para postular en juicio.[11] Respecto a este último presupuesto, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 232 de la Constitución, donde se establece la participación del Ministerio Público en todos los actos del proceso judicial que involucren derechos indígenas.

[11] Cf. Eduardo Viveiros de Castro: *Perspectivismo e multinaturalismo na América indígena*, São Paulo: Cosac & Naify, 2002.

Finalmente, en cuanto a la naturaleza jurídica del acto administrativo de demarcación de la tierra indígena, vale destacar que la mayor parte de la doctrina brasileña defiende que se trata de un acto de naturaleza declaratoria, en función de lo establecido en el *caput* del artículo 231, donde se lee que se reconocen a los indios derechos *originarios* sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. En ese mismo sentido Leitão afirma:

> A demarcação de uma terra indígena, fruto do reconhecimento feito pelo Estado, portanto, é ato meramente declaratório, cujo objetivo é simplesmente precisar a real extensão da posse para assegurar a plena eficácia, do dispositivo constitucional, que impõe ao Estado a obrigação de protegê-la.[12]

El Supremo Tribunal Federal ya se ha pronunciado también a favor del carácter declaratorio de la demarcación de las tierras indígenas en la decisión de la *Raposa Serra do Sol* (PET 3388-4).

> Ementa: Ação popular. demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. […] 3.3. A demarcação administrativa, homologada pelo Presidente da República, é "ato estatal que se reveste da presunção juris tantum de legitimidade e de veracidade" (RE 183.188, da relatoria do ministro Celso de Mello), além de se revestir de natureza declaratória e força auto-executória […].[13]

Es más, en el decreto 1775/1996 (artículo 2.º, § 10.º, I) hay una referencia directa al carácter declaratorio del procedimiento, ya que expresamente se establece que el órgano federal de asistencia al indio *declarará*, mediante una *portaria*, los límites de la tierra indígena, determinando su demarcación.

8. Presencia de terceros en área indígena

En el § 6.º del artículo 231 de la Constitución se establece que todo acto que tenga por objeto la ocupación, el dominio o la posesión de tierras indígenas será declarado nulo y extinto, y se garantizará a los terceros de buena fe apenas el derecho de recibir el reembolso por las mejoras realizadas, según lo dispuesto en ley.

La ley que debe regular el tipo y el proceso de pago de las mejoras aún no ha sido promulgada, motivo por el cual viene siendo subsidiariamente aplicado el artículo 1.219 del Código Civil (ley 10.406/2002), en el cual a los poseedores de buena fe se les reconocen los siguientes derechos: a) indemnización por las mejoras necesarias y útiles realizadas; b) retención de las mejoras hasta que estas no sean indemnizadas, y

---

[12] Leandro Silva Raimundo: *Dos pressupostos processuais e das condições da ação no processo civil,* disponible en ‹http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5493&p=2› (16/11/2009).

[13] Raimundo Sérgio Barros Leitão: "Natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento da terra indígena. A declaração em juízo", en Juliana Santilli (coord.): *Os direitos indígenas e a constituição*, Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 67.

c) retirada de las mejoras suntuarias (de lujo o de recreo), siempre que eso no cause ningún daño al inmueble. La buena fe del poseedor se refiere al desconocimiento de estar ocupando tierra indígena.

El valor de las mejoras deberá ser lo más próximo posible al valor real y lo determinará un perito, con base en criterios técnicos. Finalmente, la Unión será la responsable por el pago de las mejoras.

9. Decisión del Supremo Tribunal Federal sobre el caso *Raposa Serra do Sol*

La decisión del Supremo Tribunal Federal sobre la demarcación de la tierra indígena Raposa Serra do Sol (PET 3388-4 Roraima)[14] fue emitida el 19 de marzo de 2009 y constituye, a pesar de algunos problemas que relataremos, un marco paradigmático en la lucha por la protección de los derechos indígenas en el Estado brasileño, por cuanto se reconoció la importancia de la tierra para la preservación de la cultura indígena.

Raposa Serra do Sol está localizada en los municipios de Normandía, Pacaraíma y Uiramutã, en el estado de Roraima, en pleno Amazonas brasileño. Su extensión es de 1.747.464 hectáreas y está habitada desde hace más de 150 años por las etnias macuxi, patamona, wapixana, taurepang e ingarikó, las que mantienen una fuerte interacción entre sí y cuyos idiomas derivan de un tronco común. En esas mismas tierras también se encontraban viviendo[15] ganaderos y agricultores, principalmente arroceros, amparados por una política de colonización del Amazonas promovida por el Instituto Nacional de Colonización y Reforma Agraria (INCRA), que en las últimas décadas les había concedido títulos de propiedad sobre esas tierras.

La presencia de esos dos grupos humanos con intereses opuestos en la Raposa Serra do Sol dio origen durante los últimos años a diversas acciones judiciales —acciones populares, acciones posesorias, acciones civiles públicas, etc.— en la justicia federal (que tiene la competencia para decidir sobre la disputa de derechos indígenas según el inciso XI del artículo 109 de la Constitución), que fueron centralizadas por el Supremo Tribunal Federal, el cual reúne la funciones de órgano cúpula del Poder Judicial brasileño y de Corte Constitucional, conforme *caput* del artículo 102 de la Constitución.

Entre esas acciones, se destaca la acción popular PET 3388-RR, en la cual el Supremo Tribunal Federal decidió a favor de la demarcación continua de la reserva indígena Raposa Serra do Sol. Tal decisión constituye un hito en el proceso de concreción de los derechos indígenas, debido a que se trata de la primera demarcación continua de una tierra indígena de grandes proporciones. No obstante esa conquista, en esa misma sentencia se establecieron 19 condiciones al ejercicio del derecho a la tierra, algunas de las cuales son realmente controvertidas debido a su incompatibilidad con la Constitución

[14] Supremo Tribunal Federal, *PET 3388/ RR Roraima*, disponible en ‹http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283388.NUME.%20OU%203388.ACMS.%29&base=baseAcordaos› (15/10/2009).

[15] Ibídem.

Federal, el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por Brasil,[16] y con leyes infraconstitucionales como el Estatuto del Indio.

Así, prácticamente todas las condiciones impuestas incurren en el error de omitir la necesidad de consultar a las comunidades indígenas sobre cualquier medida que pueda afectar directamente sus derechos, conforme lo dispuesto en el artículo 6.º de la Convención 169 de la OIT.

En relación con el derecho de usufructo, varias condiciones establecieron exigencias directamente contrarias a lo dispuesto en la Constitución. Citamos como ejemplo la segunda condición, que impone a los indígenas la necesidad de obtener una autorización del Congreso Nacional para explotar los recursos hídricos y los potenciales energéticos que se encuentren en sus tierras. En la Constitución esa exigencia está prevista solo para los terceros, no para los propios indígenas (artículo 231, § 3.º).

Problema semejante se encuentra en la cuarta condición, donde para el ejercicio de la minería artesanal (*garimpagem*) y el chispeo (*faiscação*) se pasa a exigir el permiso administrativo correspondiente. Si bien la Constitución especifica que ese tipo de actividad debe realizarse con previa autorización o concesión administrativa (artículo 176, § 1.º), debe interpretarse que, en el caso de los indígenas, esa exigencia se cumple gracias a lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto del Indio, donde expresamente se les autoriza el ejercicio de la minería artesanal (*garimpagem*), el chispeo (*faiscação*) y la búsqueda (*cata*) de minerales en sus tierras, sin necesidad, por lo tanto, de permiso administrativo.

Otro punto controvertido de la sentencia lo constituyen la octava y la novena condición, donde se atribuye al Instituto Chico Mendes de Conservación de la Biodiversidad la responsabilidad exclusiva por el control y la administración del usufructo de tierras indígenas en unidades de conservación.[17] Teniendo en consideración las normas de protección de los derechos indígenas, no pueda aceptarse que un único órgano, ajeno a la causa indígena, tome decisiones sin que los principales afectados y las entidades que los representan puedan ser escuchados. La solución de los eventuales problemas surgidos en esos espacios debe hallarse a partir del diálogo entre los órganos de protección ambiental (Instituto Chico Mendes de Conservación de la Biodiversidad e Instituto Brasileño del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables),[18] de protección de los indígenas (Fundación Nacional del Indio) y de los propios indígenas (según lo dispuesto en el artículo 6.º de la Convención 169 de la OIT).

Finalmente, el punto más polémico de la sentencia es la prohibición de ampliar tierra indígena ya demarcada. Esa prohibición, que consta en la condición diecisiete, no

[16] Con la sentencia están siendo obligados a dejar la tierra indígena.

[17] La Convención 169 de la OIT fue ratificada por Brasil por medio del decreto legislativo n.º 143, vigente desde el 2003.

[18] Unidad de conservación es el espacio territorial instituido por ley con el objetivo de preservar los recursos naturales y la biodiversidad en ella existentes. La ley n.º 9985/2000 creó el Sistema Nacional de Unidades de Conservación (SNUC), que divide las unidades de conservación en dos grupos: a) protección integral: admite apenas el uso indirecto de sus recursos naturales; b) uso sustentable: busca compatibilizar la conservación de la naturaleza con el uso sustentable de sus recursos.

solo no tiene por base ninguna norma del ordenamiento jurídico brasileño, sino que es contraria al propio espíritu de la Constitución, que busca afirmar una política de defensa y promoción de los derechos indígenas. Además, en más de una oportunidad el Poder Judicial se ha visto en la obligación de rever procesos de demarcación debido a la presencia de errores e imprecisiones en la identificación y delimitación de tierras indígenas. Consecuentemente, la prohibición de ampliar el área ya demarcada no solo viola la Constitución, sino que evidencia el desconocimiento de la realidad brasileña.[19]

10.Conclusión

El análisis de la sentencia emitida en marzo del 2009 por el Supremo Tribunal Federal sobre la demarcación de la reserva indígena Raposa Serra do Sol revela cuánto se ha avanzado desde la promulgación de la Constitución de 1988, pero también cuánto hay aún por conquistar.

El conocimiento sobre los indígenas y sus derechos continúa siendo limitado e impregnado de valores excluyentes que menosprecian la esencialidad de la tierra para ese grupo humano. Sin tierra, una comunidad indígena no puede subsistir como tal, no solo por una cuestión económica, sino porque la tierra constituye la razón de su existencia. No proteger las tierras indígenas equivale a dictar la sentencia de extinción de esa cultura, situación inaceptable en un Estado como el brasileño, autotitulado *democrático,* que tiene como principios constitucionales la dignidad humana y la igualdad de todas las personas.

[19] El Instituto Chico Mendes de Conservación de la Biodiversidad (ICMBIO) y el Instituto Brasileño del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (IBAMA) fueron definidos como los órganos ejecutores del Sistema Nacional de Unidades de Conservación (artículo 6.º, III de la ley n.º 9985/2000), y una sus misiones es instituir, en el plazo de 180 días de vigencia de la ley, un grupo de trabajo para proponer las directrices aplicables a la regularización de eventuales superposiciones entre áreas indígenas y unidades de conservación (artículo 57), tarea que no ha sido aún totalmente cumplida.

Bibliografía

Cunha, Manuela Carneiro: *Os direitos dos índios: ensaios e documentos,* São Paulo: Brasiliense, 1987.

Fundação Nacional do Índio: *Os índios*, disponible en ‹https://www.funai.gov.br/› (14/9/2009).

Leitão, Raimundo Sérgio Barros: "Natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento da terra indígena – a declaração em juízo", en Juliana Santilli (coord.): *Os direitos indígenas e a constituição,* Porto Alegre: Fabris, 1993.

Lopes, Ana Maria D'Ávila: *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*, Porto Alegre: Fabris, 2001.

Lopes, Ana Maria D'Ávila, y Samuel de Araújo Marques: "O bloco de constitucionalidade no direito comparado e no direito brasileiro", en Francisco Luciano Lima Rodrigues (org.): *Estudos de direito constitucional e urbanístico,* vol. 1, São Paulo: RCS, 2007, pp. 39-54.

Lopes, Ana Maria D'Ávila, y Karine Mattos: "O direito fundamental dos indígenas à terra: uma investigação científica do Brasil Colônia ao Estado Democrático de Direito", en *Revista de Información Legislativa*, vol. 43, Brasilia: Senado Federal, pp. 221-234, 2006.

Ministério Público Federal: *Terra indígena Bacurizinho terá que ser demarcada em 180 dias,* ‹http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/julho-1/terra-indigena-bacurizinho-tera-que-ser-demarcada-em-180-dias› (15/11/2009).

Pinto Ferreira, Luiz: *Curso de direito constitucional*, 12.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

Piovensan, Flávia: *Direitos humanos e o direito constitucional internacional,* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Raimundo, Leandro Silva: *Dos pressupostos processuais e das condições da ação no processo civil,* ‹http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5493&p=2› (16/11/2009).

Souza Filho, Carlos Frederico Marés: *O renascer dos povos indígenas para o direito,* Curitiba: Juruá, 2005.

Viveiros de Castro, Eduardo: *Perspectivismo e multinaturalismo na América indígena*, São Paulo: Cosac & Naify, 2002.

Documentos

Brasil. Decreto n.º 6703, de 18 de diciembre de 2008. *Dispõe sobre a Estratégia Nacional de Defesa*. Disponible en ‹http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6703.htm› (16/10/2009).

— Lei n.º 10406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponible en ‹https://www.planalto.gov.br/› (7/10/2009).

— Decreto, n.º 1.775, de 08 de janeiro de 1996. *Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências*. Disponible en ‹https://www.planalto.gov.br/› (10/10/2009).

— Lei n.º 8078, de 11 de setiembre de 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. Disponible en ‹https://www.planalto.gov.br/› (10/10/2009).
— Lei n.º 5869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Disponible en ‹https://www.planalto.gov.br/› (7/10/2009).
— Lei n.º 6001, de 19 de dezembro de 1973. *Dispõe sobre o Estatuto do Índio*. Disponible en ‹https://www.planalto.gov.br/› (7/10/2009).
— Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850. *Dispõe sobre as terras devolutas do Império*. Disponible en ‹https://www.planalto.gov.br/› (14/10/2009).
— Lei n.º 9985, de 18 de julho de 2000. *Regulamenta o artículo 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências*. Disponible en ‹http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm› (15/10/2009).
— Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil,* promulgada el 5 de octubre de 1988. Disponible en ‹https://www.planalto.gov.br/› (10/10/2009).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia del 31 de agosto de 2001*. Serie C - n 79. Disponible en ‹http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=15› (15/10/2009).

Organización Internacional del Trabajo. *Convención n.º 169*. Disponible en ‹http://www.oit.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml› (13/10/2009).

Supremo Tribunal Federal. PET 3388/ RR Roraima. Disponible en ‹http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283388.NUME.%20OU%203388.ACMS.%29&base=baseAcordaos› (15/10/2009).
Un ejemplo de esa situación lo constituye el caso de tierra indígena Bacurizinho, en el municipio de Grajaú (estado de Maranhão). Cf. Ministério Público Federal: *Terra indígena Bacurizinho terá que ser demarcada em 180 dias,* disponible en ‹http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/julho-1/terra-indigena-bacurizinho-tera-que-ser-demarcada-em-180-dias› (15/11/2009).

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, PP 291-314, ISSN 1510-4974

Gustavo García Fong (Guatemala)*

Las formas de intervención y la protección constitucional de las lenguas y de los grupos lingüísticos en sociedades multilingües. Un análisis en el derecho comparado

RESUMEN

Esta investigación tiene por objeto establecer el reconocimiento y la protección que desde la perspectiva jurídica y constitucional se confiere a los idiomas y grupos lingüísticos que se encuentran en el territorio de un determinado Estado. Esto incluye una relación comentada de algunas constituciones de países latinoamericanos que cuentan con población multilingüe, con referencias específicas al caso guatemalteco, y se complementa con ejemplos de países ubicados en otras latitudes que también comparten las características de plurilingüismo. Se describen también los principios generales que inspiran a las políticas lingüísticas cuya aplicación pretende incidir favorablemente en la interacción de los idiomas que conviven en un Estado, y se analizan las formas de intervención lingüística tendentes a conservar aquellos idiomas minoritarios o bien no oficiales que coexisten junto con lenguas oficiales o mayoritarias. Se incluyen también referencias a tratados internacionales y otras iniciativas. Se pretende que la investigación aporte al análisis del tema en sociedades multilingües, tanto de América Latina como de otras latitudes.

Palabras clave: política lingüística, intervención del Estado, lengua oficial, protección jurídica de grupos lingüísticos, multilingüismo, tratados internacionales, Guatemala.

ZUSAMENFASSUNG

Ziel dieser Untersuchung ist die Begründung der Anerkennung und des Schutzes, der den Sprachen und linguistischen Gruppen in einem bestimmten Staatsgebiet aus juristischer und verfassungsrechtlicher Perspektive gewährt wird. Sie enthält eine kommentierte Aufstellung der Verfassungen einiger lateinamerikanischer Staaten mit mehrsprachiger Bevölkerung mit besonderen Verweisen auf den guatemaltekischen Fall und wird durch Beispiele von Ländern in anderen Erdteilen ergänzt, für die die Merkmale der Mehrs-

---

* Máster y doctor en Derecho Pluralista Público y Privado (Universidad Autónoma de Barcelona), máster en Derechos Humanos (Universidad Rafael Landívar [URL], Guatemala), diplomado en Derecho Internacional Humanitario (Comité Internacional de la Cruz Roja), licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, abogado y notario (URL). Consultor internacional para el PNUD y la UNESCO. Profesor universitario, coordinador de la Clínica Jurídica y director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la URL. ‹garciafong@hotmail.com›

prachigkeit ebenfalls zutreffen. Weiterhin wird auf die allgemeinen Prinzipien eingegangen, die der Sprachpolitik zu Grunde liegen, durch die die Interaktion zwischen den in einem Land bestehenden Sprachen gefördert werden soll, und es werden unterschiedliche Formen linguistischer Intervention zur Erhaltung der Minderheiten – oder nicht offiziellen Sprachen betrachtet, die mit Amts – oder Mehrheitensprachen koexistieren. Auberdem werden Verweise auf internationale Verträge und sonstige Initiativen angegeben. Mit der Untersuchung soll ein Beitrag zur Analyse des Themas in mehrsprachigen Gesellschaften in Lateinamerika und anderen Regionen geleistet werden.

Schlagwörter: Sprachpolitik, Staatsintervention, offizielle Sprache, Rechtsschutz von Sprachgemeinschaften, Mehrsprachigkeit, internationale Verträge, Guatemala.

ABSTRACT

This research aims to determine the legal and constitutional recognition and protection provided to languages and linguistic groups within the territory of a specific State. This includes an annotated account of the constitutions of some Latin American countries with multilingual populations, specific references to the Guatemalan case and also examples of polylingual countries in other latitudes. It also describes the general principles underlying the linguistic policies that aim to promote interaction between the different languages spoken in a State, and analyses linguistic interventions for preserving minority or non-official languages that coexist with official or majority languages. References to international treaties and other initiatives are also included. The purpose is to provide input for the analysis of this subject in multilingual societies, in Latin America and other parts of the world.

Keywords: linguistic policy, State intervention, official language, legal protection of linguistic groups, multilinguism, international treaties, Guatemala.

1. Introducción

Las relaciones entre el derecho y el lenguaje han sido objeto de estudio y análisis desde diversas orientaciones y perspectivas. De los importantes trabajos en los que se abordan las indicadas relaciones, más de una docena proceden de países como España, México y Argentina. Ante tales antecedentes, sin excluir otros que sobre el asunto se hayan elaborado,[1] este estudio pretende actualizar la discusión del tema, teniendo en

[1] Entre los referidos trabajos, pueden citarse Eduardo García Enterría: *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa,* Madrid: Alianza, 1999; Diego Valadés Ríos: *La lengua del derecho y el derecho de la lengua,* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005; Enrique Alcaraz Varó y Brian Hughes: *El español jurídico,* Barcelona: Ariel, 2002; José Calvo González: *Derecho y narración: materiales para una teoría y crítica narrativista del derecho,* Barcelona: Ariel, 1996; Luciana Calvo Ramos: *Introducción al estudio del lenguaje administrativo,* Madrid: Gredos, 1980; Genaro Carrió: *Notas sobre derecho y lenguaje,* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990; Ángel Martín del Burgo y Marchán: *El lenguaje del derecho,* Barcelona: Bosch, 2000; Maitena Etxebarría: "El lenguaje jurídico y administrativo. Propuestas para su modernización y normalización", en *Revista Española de Lingüística,* año 27, n.º 2, Madrid: Gredos, 1997; Antonio Hernández Gil: *Saber jurídico y lenguaje,* Madrid: Espasa-Calpe, 1987; Victoria Iturralde Sesma: *Lenguaje legal y sistema jurídico.*

cuenta en particular el análisis jurídico constitucional y el trasfondo humanístico con matices de corte antropológico, sociológico y filosófico.[2]

En la actualidad, la cantidad de lenguas que se hablan en el continente americano se acerca al millar, lo que vendría a representar aproximadamente el 15% del total de las lenguas *vivas* en el mundo, frente a unas treinta en los veintisiete estados miembros de la Unión Europea.

Los grupos humanos nunca estuvieron totalmente aislados, pero en los albores de la civilización los contactos e intercambios entre ellos eran mínimos y solo involucraban a unas pocas personas, como los comerciantes, los navegantes y los conquistadores. A cada colectividad le era suficiente una única lengua para comunicarse, y a la vez era poco frecuente que sus integrantes oyeran otra lengua diferente de la propia. En general eran pocas las personas que requerían el aprendizaje de una lengua distinta de la materna.

La situación actual dista mucho de aquella pretérita realidad. Por una parte, están los grandes flujos migratorios, tanto dentro de los estados como entre ellos (fundamentalmente la migración desde los países del sur hacia los países del norte), los cuales, lejos de disminuir, van en aumento. A esto hay que añadir las grandes concentraciones en las ciudades. Por otra parte, el aumento de los intercambios económicos en un mundo globalizado es causa de que muchas sociedades se hayan transformado en bilingües o multilingües. Tal circunstancia plantea una interesante problemática.

No es común que los idiomas que coexisten en un territorio estén en equilibrio. En general, uno de ellos prevalece, lo que da como resultado que un número importante de lenguas se encuentren actualmente en peligro de extinción, y que el contacto entre ellas genere conflictos. Los factores que amenazan la existencia de muchas lenguas actuales pueden ser *políticos* (colonizaciones, políticas lingüísticas, estatus de oficialidad), *demográficos* (escaso número de hablantes, disminución y envejecimiento de la población, matrimonios mixtos, migraciones motivadas por razones económicas, conflictos o deportaciones), *económicos y sociales* (crisis y explotación económica, subordinación, escaso prestigio social, aculturación), *desastres naturales y provocados* (catástrofes naturales, epidemias, agresiones físicas), etcétera.[3]

Cuestiones relativas a la aplicación de la ley, Madrid: Tecnos, 1989; José Manuel Lastra Lastra: "Derecho a la lengua y lenguaje jurídico", en José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes (coord.): *El derecho a la lengua de los pueblos indígenas. XI Jornadas Lascasianas,* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003; Jesús Prieto de Pedro: *Lenguas, lenguaje y derecho,* Madrid: Civitas, 1991; Césareo Rodríguez-Aguilera de Prat: *El lenguaje jurídico,* Barcelona: Bosch, 1969; María del Carmen Sánchez Montero: *Aproximación al lenguaje jurídico,* Padua: Università degli Studi di Trieste y CLEUP, 1996.

[2] En lo sucesivo, se utilizarán los términos *lengua* e *idioma* de forma indistinta, de acuerdo al significado que les asigna el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española. Se excluye la acepción peyorativa que considera a la lengua en un nivel inferior al de idioma, por entender que aquella carece de gramática, e incluye en dicha acepción a los idiomas de los pueblos indígenas, que en general existen en toda América Latina, incluso, por supuesto, en Guatemala. Se siguen algunos aspectos de la exposición del profesor Antoni Milian i Massana, contenida en Manuel Ballbé y Marta Franch (dirs.): *Manual de derecho administrativo,* Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona y Agencia Española de Cooperación Internacional, 2002.

[3] Félix Martí et al.: *Palabras y mundos. Informe sobre las lenguas del mundo,* Barcelona: Icaria Antrazyt, 2006, pp. 304-329.

Lo anterior es el marco de referencia para que los poderes del Estado adopten decisiones encaminadas a regular la utilización de las lenguas, al menos en actividades de carácter oficial, a la vez que, *motu proprio* u obligados por requerimientos de grupos lingüísticos, implementen medidas legales dirigidas a preservar las lenguas de menos difusión y reconocer unos mínimos derechos lingüísticos a sus hablantes.

A continuación se intentará precisar las pautas y los principios generales determinantes de las políticas lingüísticas que suelen aplicarse en contextos que favorecen el contacto de las lenguas, y se mencionarán las técnicas de protección jurídica utilizadas con mayor frecuencia para proteger a las lenguas rezagadas, en el ámbito de sociedades bilingües y multilingües.

2. La esfera pública u oficial y la esfera privada, de cara a las formas de intervención lingüística

Antes de comenzar el análisis de este apartado, se considera necesario explicar la distinción que, en el ámbito jurídico, suele hacerse respecto a lo que se conoce como *derecho público* y *derecho privado,* aunque en la actualidad algunos autores sostengan que tal diferenciación obedeció en su momento a razones metodológicas y didácticas, para entender mejor el derecho, en tanto que en el presente deberían tenerse en cuenta otros criterios modernos, derivados de las nuevas dinámicas de las ciencias jurídicas. Se estima que tal distinción aún no ha sido totalmente desterrada de la teoría general del derecho.[4]

En esa línea de pensamiento, siguiendo a Alcaraz Baró y Hughes,[5] puede afirmarse que el derecho público tiene como protagonista al Estado y a cuantas entidades representan los poderes públicos, y tutela directamente los intereses públicos o colectivos. Se compone del conjunto de normas que tienen por objeto la organización y el funcionamiento del Estado, de la administración, y sus relaciones con los ciudadanos. Abarca las siguientes ramas: constitucional, penal, administrativo, procesal, internacional público, laboral (en el caso de Guatemala, aunque en otros países este derecho suele ubicarse en el campo del derecho privado, o bien en lo que se ha denominado *derecho social*).

El derecho privado es el conjunto de normas relacionadas con las actividades de las personas físicas o jurídicas entre sí, o las de las entidades públicas cuando actúan como particulares. En el derecho privado se diferencian el derecho civil, el mercantil y el internacional privado.

---

[4] Por ejemplo, Mario I. Álvarez Ledesma: *Introducción al derecho,* México: McGraw-Hill, 1995, pp. 137 y 138. Dicho autor realiza una breve relación histórica de esa discusión, nombrando a varios autores que han manifestado sus críticas a la referida clasificación tradicional, encabezados por el conocido jurista Hans Kelsen. Véase también Jerónimo Betegón Carrillo et al.: *Lecciones de teoría del derecho,* Madrid: McGraw-Hill, 1997.

[5] Alcaraz Baró y Hughes: o. cit., pp. 139-140.

También puede subdividirse el derecho en derecho sustantivo y adjetivo. El sustantivo trata de los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas (a manera de ejemplo, los derechos y obligaciones establecidos en los códigos civil o penal de un determinado país); el adjetivo, también llamado *derecho procesal,* se ocupa de los procedimientos utilizados por los tribunales en lo concerniente a la administración del derecho sustantivo (por ejemplo, las normas contenidas en un código procesal civil o procesal penal).

Explicado lo anterior, a la hora de estudiar las formas de intervención lingüística será necesario distinguir entre los espacios públicos u oficiales y los privados. La delimitación de ambos entornos es muy necesaria, toda vez que los ordenamientos jurídicos admiten con más facilidad las intervenciones lingüísticas en las esferas oficiales que en las privadas. No hay que olvidar que en las relaciones privadas impera el principio de autonomía de la voluntad de las partes, por lo que las intervenciones lingüísticas en esta esfera se circunscriben a ser respetuosos con los principios que permean los regímenes jurídicos democráticos y pluralistas, y deben reunir una serie de condiciones que no se requieren en las esferas públicas u oficiales. En virtud de lo anterior, las formas de intervención lingüística y las consecuentes técnicas de protección jurídica que se aplican a la esfera pública son regularmente de más intensidad que las aplicadas en las esferas privadas.

Respecto a la esfera privada, es conveniente diferenciar, asimismo, aquellas relaciones y actividades que tienen lugar en espacios públicos y de tránsito público —por ejemplo, actividades de tipo socioeconómico, como los rótulos comerciales o la publicidad en la vía pública— de aquellas que se manifiestan en entornos meramente privados o familiares, o que pertenecen a lo que en el ámbito jurídico se conoce como los derechos de la personalidad de los individuos; por ejemplo, la correspondencia privada y el derecho al nombre. Dicha diferenciación no resulta en absoluto innecesaria, como sea que en el entorno privado nunca son factibles las intervenciones lingüísticas restrictivas, constrictivas o impositivas, pues implicarían una injerencia arbitraria en un campo de libertad que en ningún caso resulta admisible afectar, dado que el legislador no puede disponer de él. Por ejemplo, en el caso de Guatemala y en el de otras sociedades multilingües, no podría promulgarse una ley que obligara a utilizar determinado idioma dentro de cada domicilio familiar.

3. Los objetivos, motivaciones y justificaciones de las intervenciones lingüísticas. Prohibición y persecución lingüísticas. No intervención lingüística. Intervención lingüística proteccionista

Las intervenciones lingüísticas de los poderes del Estado pueden perseguir objetivos diversos y, en ocasiones, antagónicos. Por ejemplo: pueden pretender la supresión de determinada lengua, favorecer su asimilación o su desaparición, de manera que la intervención estatal se traducirá en la prohibición directa o indirecta de su uso, o bien

crear las condiciones que faciliten su sustitución, mediante la implantación de diversos incentivos; por otro lado, puede procurarse su sobrevivencia y continuidad, mediante diversas técnicas de promoción, fomento y protección. Aun dentro de esta gran gama de posibles intervenciones, merece citarse la llamada *no intervención,* la cual, dado que sus efectos no son neutrales, no deja de resultar una forma de intervención.

Adoptar diversas formas de intervención lingüística supone motivos variados, y puede haber más de uno detrás de cada una de ellas. Por ejemplo: entre los motivos que impulsan las intervenciones lingüísticas de corte *asimilacionista* pueden citarse las razones de tipo *político* (tal es el caso de las prohibiciones de usar la lengua catalana en Cataluña al finalizar la Guerra Civil Española, para favorecer una supuesta "unidad nacional" en España; la persecución de las lenguas regionales en Francia después de la Revolución Francesa, para favorecer la consolidación del Estado-nación). Existen también motivaciones de tipo *religioso* (como cuando se prohibió el uso del alemán en Alsacia para contrarrestar la entrada de las ideas luteranas). Y hay asimismo motivaciones político-económicas (para facilitar el intercambio económico mediante el uso de una lengua única en un mercado unificado).

Entre los argumentos esgrimidos para justificar la prohibición, persecución o sustitución del uso de las lenguas pueden citarse los que podrían denominarse *higiénicos*. Se refieren estos a la conveniencia de eliminar determinada lengua para desterrar costumbres primitivas, comportamientos groseros, actitudes políticas intolerables o prácticas de tipo religioso bárbaras e indeseables, consideradas inherentes al empleo de aquellas lenguas. También los hay de apariencia altruista, como la aspiración de alcanzar la igualdad, a partir de la creencia de que esta únicamente es posible mediante la uniformidad o la homogeneidad. Es preciso advertir que pueden converger más de una justificación en una misma intervención lingüística.

Siempre hablando de las intervenciones lingüísticas asimilacionistas, puede agregarse que la prohibición respecto al uso de determinada lengua puede establecerse solamente para la esfera pública u oficial, o puede afectar también a las relaciones de naturaleza privada. Sin embargo, se trate de un ámbito o de otro, la prohibición puede estipularse de manera expresa o preverse de forma indirecta, mediante la imposición del uso *exclusivo* de una lengua específica; exclusividad que, como es evidente, restringirá correlativamente la utilización de cualquier otra lengua.

Una aclaración adicional: la prohibición de emplear determinada lengua en la esfera de las relaciones privadas constituye la acción más radical que cabe para facilitar o favorecer su desaparición. Es una medida arbitraria, que en general puede encontrarse en regímenes totalitarios, autoritarios o de corte fascista, fundamentalmente cuando la prohibición se hace extensiva a las relaciones privadas que tienen lugar en espacios que no son públicos ni de tránsito público (por ejemplo, la prohibición de su uso en el ámbito de las relaciones de familia), o a aspectos relacionados con el campo de la personalidad del individuo (como el derecho al nombre y a escogerlo libremente). Sin embargo, a veces la imposición exclusiva de un idioma en determinadas esferas privadas ha sido adoptada como una medida de protección (sin duda, en el contexto de lo que se conoce como *acciones afirmativas,* actitud que tiene como una de sus características la

temporalidad: es decir, no prolongar la medida más allá de lo que amerite la situación que pretende proteger, una vez se haya alcanzado un equilibrio razonable). Como se deduce con facilidad, tal imposición es diferente del enfoque de los sistemas autoritarios y fascistas, tanto por el fin pretendido (salvaguardar una lengua, en lugar de favorecer su aniquilamiento), como por el alcance de la medida (circunscrita normalmente al campo socioeconómico, sin afectar estrictamente las esferas privadas o familiares). De cualquier manera, en sociedades de corte democrático, únicamente resulta admisible para supuestos muy específicos y concretos, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos debidamente especificados y muy estrictos. Lo contrario significaría una grave vulneración al derecho fundamental de libertad de expresión.

La no intervención lingüística implica la simple abstención de los poderes del Estado. En este caso, dichos poderes no adoptan acciones negativas, restrictivas o de interdicción, al contrario de lo que sucede en el caso de la persecución ligüística. Sin embargo, la abstención tampoco hay que entenderla como sinónimo de neutralidad. En la práctica, la ausencia de medidas "positivas" redundará en beneficio de alguna de las lenguas existentes; en concreto, aquellas que ostenten una postura más hegemónica, a menos que todas ellas interactúen en una posición de equilibrio, lo cual dista mucho de ser una realidad.

4. Territorialidad y personalidad en las políticas lingüísticas

Las políticas públicas en el ámbito lingüístico se articulan mediante dos grandes principios: el de la territorialidad y el de la personalidad; a la vez, cada forma de intervención tiene su fundamento en uno de dichos principios.

En los esquemas que se fundamentan en el principio de la territorialidad, los derechos y obligaciones lingüísticos que los poderes del Estado reconocen a las personas se definen de acuerdo con un determinado territorio y, como consecuencia, se aplican de idéntica manera a todos los individuos que habitan en él, independientemente de los idiomas utilizados habitualmente. Al abstraerse de la diversidad de hablantes en un territorio, los derechos y obligaciones lingüísticos que se estipulan se refieren esencialmente al empleo de una *única* lengua. En tal sentido, toda la gama de servicios y actividades, cuando menos en lo que se refiere al sector público, se realizan en dicha lengua reconocida. Tal situación plantea el hecho de que solamente una lengua adquiere la condición de *idioma oficial:* la que, de las que se encuentran en contacto, se desea potenciar o proteger. Por otra parte, en el caso de que el principio de la territorialidad se extienda a actividades de tipo privado (generalmente de corte socioeconómico), estas tendrán que desarrollarse obligatoriamente en la lengua que se hable en el territorio, aunque, salvando unos pocos casos específicos, no podrá restringirse la utilización simultánea de otros idiomas.

En los esquemas lingüísticos que se fundamentan en el principio de la personalidad, los derechos y obligaciones se definen en función de los idiomas habituales de las personas. Conforme a lo anterior, se reconoce *más de una* lengua. En esos perfiles, el

territorio delimita el entorno en el cual se ejercen los derechos y obligaciones reconocidos, pero no define esos derechos y obligaciones. En este caso, lo que importa no es el espacio territorial, sino los individuos (y su idioma) que permanecen en el territorio en el que predomina el esquema lingüístico personal. Por tanto, lo más probable es que exista más de un idioma oficial y que los servicios públicos se presten en el idioma del usuario, o en el que este elija entre los que tienen reconocimiento oficial. La intervención lingüística en la esfera de las relaciones de tipo privado resulta muy escasa o bien inexistente en los esquemas fundamentados en el principio de la personalidad. De hecho, tal intervención no tendría mucho sentido, dado que entraría en colisión con la libertad lingüística que postula el esquema personal.

Aunque los esquemas territorial y personal resultan compatibles, ello no significa que puedan coexistir dentro de una misma comunidad política, sea porque se apliquen de forma paralela en segmentos territoriales distintos dentro de una misma comunidad, sea también —si comparten simultáneamente el territorio— porque son aplicados a instituciones de nivel diferente, o porque son aplicados en sectores o actividades también diferentes.

5. Idiomas oficiales y no oficiales

5.1. Panorama general

La corriente nacionalista europea de los últimos siglos equiparó los conceptos de lengua común, Estado y nación, creando el criterio de que un Estado que se precie de moderno debe dotarse de un idioma que debe ser el común y único para todos sus ciudadanos.

El despliegue del concepto europeo de Estado-nación y la expansión colonial impulsaron y difundieron por todo el orbe una forma específica de entender el Estado, fundamentada en la idea de una lengua "nacional", apuntalada y reforzada por un sistema administrativo y educativo común.

La creación de nuevos estados a lo largo de los siglos XIX y XX o la modernización de otros ha implicado en varias ocasiones la adopción, por imitación, de dicho sistema, que llegó a declarar idiomas oficiales los de los colonizadores europeos.

Así las cosas,[6] idiomas como el inglés, el español, el francés o el portugués son en la actualidad oficiales en la mayor parte de América y África, así como en importantes zonas de Asia y el Pacífico, donde compiten con algunas ventajas con las lenguas autóctonas. El inglés es idioma oficial o cooficial en más de 70 estados, el francés en 30, el español en 20, el árabe en 20 y el portugués en seis.

Se han señalado 232 territorios, a lo largo y ancho del mundo, donde uno de esos cuatro idiomas oriundos de Europa es oficial, cooficial o tiene una preponderancia específica. Solo los 52 territorios restantes son ajenos a esta primacía lingüística.

[6] Se siguen aquí algunas ideas y datos contenidos en Martí et al.: o. cit., pp. 134-136.

Especialmente notoria resulta la situación de África, donde, de 56 países, en 45 el idioma oficial o uno de los cooficiales es de origen europeo, y en nueve lo es el árabe.

De cualquier manera, en esta línea de consolidación de la lengua nacional a lo largo del planeta, en algunos estados las lenguas de los colonizadores europeos llegaron prácticamente a sustituir a las lenguas aborígenes, y la consideración de "lengua nacional" recayó en la lengua colonial, como efectivamente ha ocurrido en Australia, Nueva Zelanda, Argentina o Brasil, donde las lenguas vernáculas apenas sobreviven y sus hablantes solo pueden hablarlas compartiéndolas con las lenguas oficiales, en situación de bilingüismo.

En otros estados, que también apostaron por la lengua de los colonizadores como lengua oficial, la riqueza lingüística ha sido preservada en mayor medida, quizás debido a la menor presión demográfica de la propia colonización. Tal es el caso, por ejemplo, de Camerún (inglés y francés), Gabón (francés), Gambia (inglés), Chad (francés y árabe) o Guatemala (español).

En otros casos, sobre todo en procesos de colonización más actuales o no tan intensos, el Estado moderno ha preservado el idioma de los colonizadores como uno de los oficiales, pero ha conferido dicho rango también a una de sus lenguas vernáculas. Esta situación puede apreciarse, por ejemplo, en Kenia (inglés y swahili), Pakistán (inglés y urdu) o Vanuatu (inglés, francés y bislamá). Incluso han llegado a producirse situaciones en las que la colonización ha implicado la conversión de una sociedad tradicionalmente monolingüe en bilingüe o multilingüe; por ejemplo, en Samoa (inglés y samoano), Tonga (inglés y tongano) o Ruanda (francés, inglés y ruandés), que proclaman como idiomas oficiales los de sus antiguos colonizadores europeos y el propio.

Hay también estados que, imitando el modelo europeo de idioma "nacional", han conferido dicho rango únicamente a una de sus lenguas originarias. Tal ha sido la actuación de ciertos estados en su proceso de modernización. Pueden citarse como ejemplos Turquía (turco), Nepal (nepalí), Tanzania (swahili), Azerbaiján (acerí) o Tailandia (tai). Esta política trajo como consecuencia la promoción y el desarrollo del idioma proclamado como "nacional" por encima del resto. En algunos casos, el idioma elegido para tal función ha sido el más relacionado con el ámbito económico local o el que ofrecía más posibilidades de promoción como idioma interestatal. Sin embargo, se ha evitado elegir al idioma mayoritariamente hablado o más extendido, como ha ocurrido en Indonesia con el bahasa y en Filipinas con el tagalo, idiomas que de manera oficial se denominan *indonesio* y *filipino*, respectivamente.

Existen también estados que han adoptado posiciones más cercanas a la preservación y promoción de su patrimonio lingüístico, confiriendo categoría oficial a varias de sus lenguas. Sudáfrica, por ejemplo, reconoce 11 lenguas oficiales desde 1996 (entre ellas el inglés);[7] India confiere a dos lenguas el rango oficial en todo su territorio (el

[7] Junto al inglés están: afrikaans, (isi)ndebele, (se)pedi, (isi)xhosa, (se)sotho, (se)tswana, (si)swati, (xi)tsonga, (tshi)venda e (isi)zulu.

inglés y el hindi) y a 17 más el de cooficiales en sus diferentes regiones,[8] y Eritrea reconoce ocho lenguas oficiales (entre ellas el árabe).[9]

Se aprecia así que la mayoría de los estados han implementado políticas lingüísticas explícitas, creando condiciones para potenciar el desarrollo, tanto en el ámbito interno como externo, del idioma considerado por los titulares del poder como el común y oficial de un Estado concreto. Incluso, en muchos casos, el Estado asume acciones de conservación y mantenimiento de la "pureza" del idioma escogido como oficial, además de protegerlo y difundirlo fuera de sus fronteras. Dicha política supone la preeminencia y el desarrollo de los idiomas oficiales, que los estados utilizan generalmente como medios de comunicación exclusivos, en todos los ámbitos públicos y por encima del resto de los idiomas.

Pues bien, la protección jurídica más determinante para favorecer el idioma de un determinado grupo radica en conferirle el régimen de oficialidad. Se verán a continuación las consecuencias que dicho reconocimiento oficial supone.

5.2. Consecuencias de la oficialidad

Implementar una lengua como oficial supone adoptarla como instrumento de comunicación de los poderes del Estado en todos los niveles (intra, inter y extracomunicación), y reconocerla además como la herramienta de relación de los ciudadanos con dichos poderes. De esta forma, la lengua oficial se transforma, en principio, en el *único* medio de comunicación que norma las relaciones de naturaleza pública u oficial. En estas relaciones, únicamente los actos jurídicos redactados en la lengua oficial adquieren plena validez y eficacia. Conforme a lo anterior, el establecimiento de una lengua como idioma oficial del Estado la hace indispensable —al menos, cuando se trate de la existencia de una única lengua oficial— en la medida en que resulta ser el instrumento de comunicación por antonomasia para las referidas relaciones. Tal circunstancia, aunada al prestigio que le confiere el mismo estatus de oficialidad, explican la magnitud y efectividad que dicho reconocimiento tiene para la salvaguarda y protección de una lengua. También, cuando existe más de una lengua oficial, tal estatus es importante siempre para su salvaguarda. Pese a que entonces ninguna de las lenguas individualmente consideradas sea indispensable, y probablemente predomine la utilización de la lengua mayoritaria, que necesita menos protección, la lengua oficial más postergada será siempre un instrumento cuyo uso en las relaciones de la esfera pública u oficial nadie podrá, en principio, conculcar. Esta situación pone de relieve la importancia de la oficialidad como medida protectora de una lengua.

A diferencia de lo anterior, las lenguas que no ostentan la categoría de idiomas oficiales quedan excluidas de las relaciones de las esferas públicas u oficiales, limitando su utilización a las esferas privadas, donde el *laissez faire* lingüístico que de ordinario impera favorecerá, a su vez, a la lengua considerada oficial (que probablemente ha sido

[8] Asamés, bengalí, gujaratí, canarés, konkani, cachemir, malabar, manipurí, marati, nepalí, oriya, punjabí, sánskrito, sindí, tamil, telegú y urdu.

[9] Afar, blean, hadareb, kunama, saho, tigrè y tigriña.

más difundida y tiene mayor prestigio), a menos que se opte por una intervención lingüística profunda, a favor de las lenguas no oficiales, en algunas de las esferas privadas más significativas.

Que las lenguas oficiales desplacen a otras en las relaciones de naturaleza pública u oficial, al considerarlas como las únicas con validez y eficacia no supone que en dichas relaciones sea imposible usar, también con validez y eficacia jurídicas, alguna de las lenguas no oficiales. Lo que ocurre es que, para que dicho uso llegue a ser realidad, es indispensable que previamente una norma legal lo acepte de manera expresa. Ahora bien, cuando es la Constitución o ley fundamental del Estado, o bien una norma de rango superior la que estatuye la lengua o lenguas oficiales, la utilización de las lenguas no oficiales únicamente puede disciplinarse, en principio, para alguna o algunas relaciones de naturaleza pública u oficial, raramente para todas esas relaciones, ya que esto último violentaría la Constitución o esa norma superior que no les ha conferido el carácter de lenguas oficiales.

No obstante, existe un supuesto en el que resulta insoslayable aceptar la utilización de una lengua no oficial en el contexto de una actividad pública u oficial. Hablamos del derecho de toda persona sujeta a un proceso judicial de ser asistida de manera gratuita por un intérprete, cuando no comprenda o no hable el idioma o idiomas oficiales utilizados en el proceso. Se está frente a algo realmente insoslayable, dado que el derecho mencionado se refiere precisamente al contenido lingüístico inherente al derecho humano a la tutela judicial efectiva (conocido también como el derecho a un debido proceso, justo y equitativo), el cual está contenido en la mayoría de las constituciones de los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas, pues se trata de una garantía inexcusable en cualquier Estado democrático de derecho. Asimismo, dicho derecho fundamental a la tutela judicial efectiva figura en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con reconocimiento universal y regional, aceptados y ratificados por la mayoría de los países, incluyendo, por supuesto, a Guatemala.[10]

Es necesario señalar una consecuencia más: la de que los poderes del Estado tienen la obligación de incorporar el estudio de las lenguas oficiales como asignatura obligatoria en el sistema educativo. Esta relación entre el carácter oficial y la enseñanza obligatoria de un idioma tiene su explicación en el hecho de que, si los idiomas oficiales son los únicos instrumentos de comunicación entre los ciudadanos y los poderes del Estado, dichas instancias gubernamentales son las encargadas de asegurar que los ciudadanos los conozcan y los comprendan, por lo cual es necesario que su aprendizaje esté garantizado en los programas de estudio. El desinterés de los poderes públicos en ese ámbito provocaría la inseguridad jurídica y favorecería la discriminación de los gobernados por razón del idioma, situaciones inadmisibles en el marco de un Estado democrático de derecho.

---

[10] Véase Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH): *Instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos,* San José (Costa Rica): IIDH y Comisión de la Unión Europea, 2.ª ed., 1998.

5.3. Algunos ejemplos

Sin intención alguna de convertir este ensayo en una lista exhaustiva de casos, señalaré algunos ejemplos al respecto.

La Constitución Política de la República de Guatemala, de 1985,[11] dice en su artículo 143: "*El idioma oficial de Guatemala, es el español. Las lenguas vernáculas, forman parte del patrimonio cultural de la Nación*". Y en el artículo 66, que contempla lo relativo a la protección de los grupos étnicos, se lee: "*Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos*".[12]

Después de la Constitución, fue emitida la *Ley de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala*, decreto 65-90 del Congreso de la República.[13] Según dicha ley, corresponde a esta institución la promoción, el conocimiento y la difusión de los idiomas mayas, así como la investigación, planificación y ejecución de proyectos para dicho fin, para lo cual debe contar con la cooperación del Estado y de las instituciones públicas.

Más tarde fue promulgada la Ley de Idiomas Nacionales, decreto 19-2003 del Congreso de la República,[14] reformado después por el decreto 24-2003 del Congreso de la República.[15] En el artículo 1 de la Ley de Idiomas Nacionales se establece: "*El idioma oficial de Guatemala es el español. El Estado reconoce, promueve y respeta los idiomas de los pueblos maya, garífuna y xinka*". En todo el articulado de la ley se reitera el reconocimiento, respeto, promoción, desarrollo y utilización, en las esferas públicas y privadas, de los idiomas mayas, el garífuna y el xinka, en aras de la unidad nacional en la diversidad y el fortalecimiento de la interculturalidad del país.[16] El reconocimiento idiomático abarca los ámbitos educativo, académico, social, económico, político y cultural, incluyendo actividades de traducción y divulgación, la prestación de servicios públicos (como el acceso a la justicia, por ejemplo), la utilización de las lenguas originarias en actos públicos, las actividades de fomento cultural, el registro y actualización de toponimias, así como la dignificación de los idiomas mayas (frente a actitudes peyorativas o discriminatorias).

De lo anterior se deduce que en Guatemala la única lengua oficial es el español. El resto de lenguas no tienen otra connotación jurídica que su reconocimiento, promoción y respeto, a nivel general, sin poder llegar a considerarse como lenguas cooficiales

---

[11] Asamblea Nacional Constituyente: *Constitución Política de la República de Guatemala,* 1985.

[12] Ibídem.

[13] Congreso de la República de Guatemala: *Ley de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala*, decreto n.º 65-90.

[14] Congreso de la República de Guatemala: *Ley de Idiomas Nacionales*, decreto n.º 19-2003.

[15] Congreso de la República de Guatemala, decreto n.º 24-2003.

[16] En Guatemala se hablan 22 idiomas de ascendencia maya: achi', akateko, awakateko, chalchiteko, ch'orti', chuj, itza', ixil, jakalteko, kaqkchikel, k'iche', mam, mopan, poqomam, poqomchi', q'anjob'al, q'eqchi', sakapulteko, sipakapense, tektiteko, tz'utujil y uspanteko. A ellos hay que agregar el idioma oficial, que es el español, junto al garífuna y al xinka, para completar el panorama lingüístico guatemalteco.

en las regiones donde predominan. El propio artículo 8 de la última ley citada preceptúa que en el territorio nacional los idiomas mayas, el garífuna y el xinka "podrán" utilizarse en las comunidades lingüísticas en las que se hablen. Sin embargo, puede destacarse que, en la esfera de la educación, el artículo 13 de dicha ley considera obligatorios —en los diversos procesos, modalidades y niveles— el respeto, la promoción, el desarrollo y la utilización de los idiomas mayas, y el garífuna y el xinka, conforme a las especificidades de cada comunidad lingüística.

La situación guatemalteca puede ubicarse en lo que los expertos califican como "tolerancia lingüística": se da esta situación cuando, en la utilización de uno o varios idiomas, el contacto con el oficial suele ser tolerado por los poderes del Estado. Tal tolerancia da lugar en algunos casos (como sucede en Guatemala) a la existencia de acciones y medidas reales y concretas que promueven el desarrollo y la conservación del idioma o idiomas distintos del oficial. Una situación similar ocurre, por ejemplo, en el caso de la lengua galesa en el Reino Unido.

Dirigiendo la mirada a otras latitudes: la Constitución del Perú, de 1993,[17] establece en su artículo 48: "Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley". Como se puede apreciar, el quechua y el aimara y las lenguas vernáculas, lo mismo que el castellano, tienen el reconocimiento de oficialidad por parte del Estado. Nótese que tal reconocimiento oficial de otros idiomas distintos del castellano se mantendrá en aquellas zonas donde predominen y no en el conjunto del territorio peruano. Asimismo, merece la pena comentar que la disposición legal no excluye la utilización de los idiomas no considerados oficiales en aquellos territorios donde por disposición constitucional o de una norma superior existe un idioma oficial.

En ocasiones, algunos textos legales confieren a una lengua el carácter de "nacional". Tal reconocimiento puede producir efectos equivalentes al otorgamiento de la condición de oficial, como sería el caso del finés y del sueco en Finlandia, de acuerdo con el artículo 17 de la Constitución de ese país,[18] sancionada en Helsinki el 11 de julio de 1999; o bien puede adicionarse a la oficialidad (a menudo obedeciendo a la voluntad de poner de relieve una lengua entre varias oficiales), como en el caso de la Constitución de Irlanda, que en su artículo 8.º dispone: "1. El idioma irlandés, como lengua nacional, es el primer idioma nacional. 2. Se reconoce a la lengua inglesa como segundo idioma oficial. 3. Se podrá, sin embargo, disponer por medio de ley el uso exclusivo de una cualquiera de dichas lenguas para una o varias finalidades oficiales, ora en todo el territorio del Estado, ora en una parte determinada del mismo".[19] El referido reconocimiento se caracteriza, en general, por provocar unos efectos sustantivos más reducidos, o más limitados a nivel territorial, que los que se derivan de los idiomas reconocidos como "oficiales". En este caso, con el reconocimiento de idiomas "nacionales" se pretende poner de relieve que el grupo que los habla no será considerado

[17] En ‹http://www2.congreso.gob.pe/sicr/RelatAgenda/constitucion.nsf/constitucion› (2/9/2010).

[18] En ‹http://www.finlex.fi/pdf/saadkaan/ESP9990731.PDF› (6/9/2010).

[19] En ‹http://centros5.pntic.mec.es/ies.manuela.malasana/otros_servicios/ampliacion/ue25/irlanda/irlanda.pdf› (6/9/2010).

como una "minoría" lingüística, sino más bien como un colectivo cuyo idioma forma parte del patrimonio cultural de la nación y que, como consecuencia, merece unas garantías lingüísticas superiores a las que habitualmente corresponden a las minorías nacionales. Este podría ser el sentido de la expresión "lenguas o idiomas nacionales", contenido en el artículo 5 de la Constitución del Paraguay, de 1967, cuando establece que las lenguas o idiomas nacionales de la República son el español y el guaraní, y seguidamente agrega que la lengua o idioma oficial es el español.[20] Ahora bien: la Constitución del Paraguay, en este caso la de 1992, en su artículo 140 deja de utilizar la expresión "lengua o idioma nacional" y confiere al guaraní el estatus de idioma oficial en los términos siguientes. "El Paraguay es un país pluricultural y bilingüe. Son idiomas oficiales el castellano y el guaraní. La ley establecerá las modalidades de utilización de uno y otro. Las lenguas indígenas, así como las de otras minorías, forman parte del patrimonio de la Nación".[21] Adviértase que se fían a la ley "las modalidades de utilización". Esta norma, y la establecida en el artículo 77 de la misma Constitución, relativa a la enseñanza en lengua materna, que preceptúa que "la enseñanza en los comienzos del proceso escolar se realizará en la lengua oficial materna del educando. Se instruirá asimismo en el conocimiento y en el empleo de ambos idiomas oficiales de la República…",[22] destacan la relación existente entre la oficialidad y el aprendizaje de la lengua oficial.

Véanse algunos casos más. La Constitución de Colombia[23] establece en su artículo 7.º: "El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana". Y en el artículo 10: "El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias, será bilingüe".

Una situación similar parece darse en el Ecuador. La Constitución de ese país determina en su artículo 1: "El Estado respeta y estimula el desarrollo de todas las lenguas de los ecuatorianos. El castellano es el idioma oficial. El quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas, en los términos que fija la ley".[24]

Pues bien, las comunidades lingüísticas aprecian el proceso de oficialización de sus idiomas, de modo genérico; sin embargo, esperarían poder aprovechar los recursos que la oficialidad real supone. Estas contradicciones son consecuencia lógica de las prácticas estatales, que, aunque proclaman los derechos de las lenguas vernáculas, no adoptan las acciones necesarias para promocionarlas.

Esta actitud contradictoria parece existir en varios países. Así, en su artículo 4, la Constitución de México preceptúa: "La nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originariamente en sus pueblos indígenas […] La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas

[20] En ‹http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Paraguay/para1967.html› (6/9/2010).
[21] En ‹http://pdba.georgetown.edu/constitutions/paraguay/para1992.html› (6/9/2010).
[22] Constitución del Paraguay, cit.
[23] En ‹http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/CONS_P91.HTM› (6/9/2010).
[24] En ‹http://www.ecuanex.net.ec/constitucion/titulo01.html› (6/9/2010).

específicas de organización social".[25] Algunos conocedores de la situación, oriundos de México, opinan que en la Constitución se da un tardío reconocimiento de las lenguas indígenas, aunque de lo establecido por las leyes a la realidad práctica cotidiana hay todavía una gran distancia.

En general, puede afirmarse que, ante tales situaciones de idiomas tolerados, los miembros de los colectivos lingüísticos habrán de trabajar únicamente con sus propios recursos y medios para desarrollar sus lenguas, contando únicamente con la tolerancia de los poderes del Estado. Estos idiomas suelen ser utilizados solamente en las relaciones internas de las comunidades lingüísticas, y apenas alcanzan a rozar las esferas de uso relacionadas con la administración de todos los servicios. Incluso, cuando son utilizados en el sistema escolar, generalmente se reducen a los campos más básicos y con el fin de alcanzar la más pronta integración de sus miembros a la cultura nacional dominante.

Otro inconveniente que afrontan las comunidades lingüísticas para preservar y cultivar su lengua y su cultura es el relacionado con actitudes contrarias, provenientes de algunos sectores de la sociedad, de tipo excluyente o discriminatorio.

Es necesario tener claro que la mera oficialidad consagrada en las constituciones de los estados o la tolerancia de un idioma no garantizan *per se* su sobrevivencia y desarrollo, aunque siempre es meritorio reivindicar el estatus de oficialidad. Si existieran hablantes y comunidades lingüísticas que consideraran que sus estados olvidan o marginan sus lenguas, o incluso procuran hacerlas desaparecer, el problema sería todavía mayor. Entre estos casos pueden mencionarse acontecimientos como los experimentados en Turquía o Botsuana, donde figuran prohibiciones explícitas de utilizar las lenguas no oficiales en algunos ámbitos de carácter público.

En otras situaciones, aunque las prohibiciones no tengan un carácter explícito, los líderes de las comunidades indígenas entienden que un determinado gobierno desea hacer desaparecer los idiomas no oficiales, por lo cual culpan al Estado y al gobierno de la situación en la que se encuentran sus idiomas, próximos a la extinción. Ejemplos de esto son la lengua mundurukú en Brasil y el idioma bretón en Francia.

6. La protección jurídica de los idiomas y de los grupos lingüísticos

En este apartado se intentará hacer una relación de las principales técnicas para la protección jurídica de los idiomas y de los grupos lingüísticos. Únicamente se hará referencia a las más habituales, en el entendido de que la lista no pretende ser exhaustiva; solamente tendrá un carácter enunciativo y se esperaría destacar la gran variedad que existe. Es necesario mencionar que no todas las técnicas de protección tienen la misma efectividad; esta dependerá de la situación sociolingüística en la que se encuentre ubicado cada grupo lingüístico objeto de la protección. Por otra parte, la protección de

[25] En ‹http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/3.htm?s=› (6/9/2010).

un idioma o de un grupo lingüístico demanda, en general, la aplicación simultánea de varias o de las muchas medidas que enseguida se explicarán.

Estas medidas, más que de una abstención de los poderes del Estado, requieren de sus acciones. Es decir, demandan decisiones de los poderes públicos de contenido positivo, aunque la materialización de las acciones pueda corresponder tanto a sujetos privados destinatarios de ellas como a los propios poderes del Estado. En este último supuesto, se está ante las obligaciones consideradas como positivas para tales poderes.

Se explicarán, en primer lugar, la protección de tipo no constrictivo y en seguida la de tipo constrictivo, que se aplican en la esfera de las relaciones de naturaleza privada; luego se mencionará la protección correspondiente a la enseñanza pública y privada; se concluirá con la protección relacionada con las esferas públicas u oficiales.

6.1. La protección jurídica constrictiva y no constrictiva, aplicable a las relaciones de tipo privado

Entre las técnicas de protección *no constrictiva*, que fomenta la utilización de los idiomas en esferas *privadas*, pueden mencionarse las medidas de promoción clásicas, tales como las ayudas y subvenciones, destinadas, por ejemplo, a promover la producción editorial, las publicaciones periódicas, los programas a través de medios de comunicación (radio y televisión privadas), la publicidad en la vía pública en el idioma que se intenta proteger; o a fomentar la traducción en el idioma protegido de obras escritas en el idioma oficial u otros idiomas, etcétera; también están los incentivos fiscales, como, por ejemplo, bonificaciones para motivar la rotulación de establecimientos abiertos al público en el idioma cuya protección se pretende, por mencionar las técnicas más frecuentes.

En cuanto a las técnicas de protección lingüística *constrictivas*, de aplicación en las esferas *privadas*, pueden mencionarse el establecimiento de cuotas lingüísticas (medios de comunicación, radio y televisión privados) y la obligación de redactar en el idioma que se quiere proteger los signos distintivos, rótulos, escritos permanentes y temporales expuestos, dirigidos al público, la publicidad de naturaleza comercial, los catálogos, los prospectos, los recibos y las facturas. Obviamente, la obligación puede referirse únicamente a uno o a algunos de los escritos y documentos indicados, o puede incluirlos a todos, según sea la intensidad de la protección que se desea proporcionar. Sin embargo, el uso del idioma que ha de protegerse es perfectamente compatible con la utilización simultánea de los idiomas que los sujetos obligados deseen. La obligación de utilizar de forma *exclusiva* un determinado idioma en las relaciones de naturaleza privada vulnera, en general, el derecho fundamental a la libertad de expresión y, si se incide en actividades de tipo socioeconómico, puede atentar también contra la libertad de empresa. Un ejemplo de disposiciones legales que procuran evitar aquella exclusividad se encuentra en la Ley del Parlamento de Cataluña 1/1998, del 7 de enero, sobre Política Lingüística,[26] en sus artículos 15.5, 31.1 y 2, 32.3, 33, 34.2 y 36.4, donde, al prescribir que ciertos documentos, rótulos, señalizaciones e informaciones, avisos, comunicaciones, carteles y etiquetas de

[26] En ‹http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ca-l1-1998.html› (6/9/2010).

varios productos deben redactarse o realizarse en lengua catalana, lo ordenan disponiendo que debe utilizarse "al menos o como mínimo" el catalán, dejando de esta forma la puerta abierta al uso de otras lenguas.

6.2. Las técnicas de protección jurídica aplicables al campo educativo

En el ámbito educacional, aplicable tanto a la enseñanza de tipo público como privado, la técnica de protección jurídica básica se refiere al establecimiento de la enseñanza de la lengua o idioma que ha de protegerse. Sin embargo, esta técnica se diversifica en varias posibilidades, que resulta conveniente distinguir. De esa cuenta, la enseñanza del idioma en cuestión puede establecerse con carácter *voluntario* u *obligatorio.* Cuando se habla de voluntariedad, se puede aplicar configurándose como una mera prestación según criterios discrecionales, o bien como un auténtico derecho, con la correspondiente obligación de las autoridades educativas de impartirla. Tanto en un supuesto como en el otro, es asimismo posible diferenciar que la enseñanza del idioma se integre o no se integre en el currículo educativo.

Cuando se está en el campo de la obligatoriedad, o sea, cuando la enseñanza de un idioma resulta obligatoria, son posibles dos modalidades: una, que el estudio del idioma en cuestión corresponda solamente a los estudiantes que tienen ese idioma como propio; otra, que la incorporación del idioma como asignatura no optativa en el sistema educacional abarque a todos los estudiantes, independientemente de cuál sea su idioma. En relación con la enseñanza del idioma, debe recordarse lo ya manifestado antes: que los poderes del Estado tienen la obligación de incorporar un idioma oficial como materia obligatoria en el sistema de educación, si una disposición normativa de suficiente rango le confiere la condición de idioma oficial.

En el ámbito de la enseñanza existe todavía una forma más determinante de intervenir, consistente en permitir o incluso obligar a impartir la enseñanza, o una parte de esta, en el idioma que se desea proteger. La gama de modelos que permiten garantizar la totalidad o una parte de la enseñanza de un determinado idioma (para efectos de este trabajo, en el que se quiere salvaguardar) resulta también muy variada. Posiblemente, por lo que hace al idioma instrumental, los modelos más representativos por los que se suele optar en sociedades bilingües o multilingües son los que a continuación se describen:

6.2.1. Modelo separatista electivo

En este se reconoce a los padres o tutores, o a los propios educandos, el derecho a la libertad de elección del idioma utilizado en la docencia, escogido entre los idiomas que se encuentran en contacto y que tienen reconocimiento legal.

6.2.2. Modelo separatista no electivo

Aquí se reconoce a los integrantes de los grupos lingüísticos en contacto el derecho a recibir la educación en su idioma, y a la vez se les impone dicho idioma como lengua de instrucción, impidiéndoles de esta manera cambiar de idioma.

6.2.3. Modelo bilingüista integral o de conjunción lingüística

Este modelo impone a todos los estudiantes la instrucción en idiomas (generalmente dos lenguas) en contacto con reconocimiento oficial. Aquí se presentan dos modalidades: la que prescribe una utilización vehicular paritaria de las lenguas y la que ordena la utilización prioritaria de una de ellas.

6.2.4. La experiencia guatemalteca

En el caso de Guatemala, resulta interesante mencionar la existencia del acuerdo gubernativo 22-2004, del 12 de enero de 2004,[27] con el que se intenta generalizar la educación bilingüe multicultural e intercultural en el sistema educativo nacional. En este acuerdo se recogen los modelos antes descritos, con matizaciones propias según la realidad y las necesidades del país. Dicho instrumento legal preceptúa en su artículo 1 lo que considera la "generalización del bilingüismo", estableciendo su obligatoriedad en los idiomas nacionales como política lingüística nacional, que se aplicará a todo estudiante en los sectores público y privado. Dispone que el primer idioma para el aprendizaje es el materno de cada persona, que el segundo será otra lengua nacional, y que un tercer idioma deberá ser extranjero.

Más adelante, dicho acuerdo contempla en su artículo 9 las modalidades de la educación bilingüe:

> 1. Aprendizaje en y del idioma materno y enseñanza progresiva de un segundo idioma nacional. En el caso de comunidades monolingües Mayas, Xinka o Garífuna, el segundo idioma es el español y, en el caso de comunidades monolingües en español, el segundo idioma es un idioma indígena.
> 2. Aprendizaje paralelo en y del idioma materno y de un segundo idioma. Es aplicable en escuelas y aulas ubicadas en comunidades bilingües.
> 3. Aprendizaje en y del idioma de mayor uso y aprendizaje progresivo del idioma propio. Esta modalidad se aplica a escuelas y aulas en comunidades donde existe pérdida del idioma indígena como idioma materno.
> 4. Cada una de estas modalidades de educación bilingüe por la consubstancialidad entre idioma y cultura conlleva la planificación, desarrollo y aplicación de la multiculturalidad e interculturalidad dentro y fuera de las aulas y establecimientos educativos.

Y de forma muy optimista, el artículo 10 del referido acuerdo, bajo el epígrafe de "Aprendizaje del Tercer Idioma", dispone que, una vez se haya alcanzado una situación de bilingüismo en idiomas nacionales, el sistema educacional adicionará un tercer

[27] Presidencia de la República de Guatemala, acuerdo gubernativo n.o 22-2004: "Acuérdase generalizar la educación bilingüe multicultural e intercultural en el sistema educativo nacional", 12 de enero de 2004, publicado en el *Diario de Centroamérica,* 13 de enero de 2004.

idioma, que debe ser extranjero. En el caso de instituciones educativas que tengan autorizado un idioma extranjero como segunda lengua, se adicionará un tercer idioma, que debe ser nacional.

Finalmente, es importante aclarar que, entre las políticas que inspiraron el acuerdo, está la del reconocimiento de comunidades lingüísticas (artículo 3), donde se establece que "reconoce como sujetos de derecho a los pueblos y comunidades lingüísticas de Guatemala. Un pueblo o comunidad es el conjunto de personas que se identifican a sí mismas como miembros de uno de ellos, y confluyen sus intereses alrededor de un idioma y cultura que los une e identifica. El pueblo maya está integrado por comunidades lingüísticas, a diferencia de los pueblos garífuna, xinka y ladino, que están constituidos por una sola".

6.3. Las técnicas de protección jurídica aplicables a las relaciones de la esfera pública u oficial

Respecto a las esferas oficiales o públicas, las técnicas de protección generalmente consisten en admitir o reconocer la utilización de un idioma en los nombres de los ciudadanos, topónimos, escrituras y documentos públicos, como también en actuaciones y actividades que corresponden habitualmente y con exclusividad a los idiomas oficiales.

Esta última situación se aprecia en las disposiciones protectoras que facultan a los ciudadanos a utilizar idiomas no oficiales en algunas de las relaciones que sostienen con la administración pública, con la administración de justicia o con cualesquiera de los poderes del Estado, o a utilizarlas en algunas actividades en el interior de dichas administraciones o poderes. Dicha facultad debe restringirse forzosamente a actuaciones o actividades muy concretas y tasadas, sin que sea admisible su extensión a la totalidad. De lo contrario, se estaría ante un reconocimiento encubierto de un nuevo idioma oficial, lo cual, sin duda, atentaría contra el ordenamiento preestablecido. En tales usos típicamente "oficiales", que se formalizan mediante un idioma no oficial, las normas que los regulan tienen prevista la garantía de su traducción al idioma oficial, en el eventual caso de que exista algún individuo interesado que no comprenda el idioma oficial. Además, en algunos casos la "oficialidad" del idioma no oficial pasa por otras significativas devaluaciones, como, por ejemplo, cuando se establece la previsión de que únicamente surten efectos jurídicos los actos redactados en el idioma oficial, o cuando se estatuye que una versión en el idioma oficial ha de acompañar necesariamente los textos redactados en el idioma no oficial. Como un ejemplo de lo expuesto, merece citarse la ley italiana n.º 482, del 15 de diciembre de 1999, que en sus artículos 7 y 9 establece las normas en materia de tutela de las minorías lingüísticas históricas.

Sin duda la forma más completa de intervenir a favor de un determinado idioma, en la esfera pública u oficial, consiste en conferirle la condición de idioma oficial. De esta manera se garantiza su utilización en toda la gama de relaciones o actividades de índole "oficial", con las consecuencias y efectos expuestos anteriormente.

7. Los tratados internacionales y otras iniciativas importantes

Los textos internacionales de carácter universal que contienen referencias o garantías de naturaleza lingüística expresas no son muchos y, cuando las toman en cuenta, estas son pocas y de escaso relieve frente a la protección de los idiomas y de los grupos lingüísticos. Por ello, la aceptación de la existencia de una dimensión lingüística en algunos derechos humanos adquiere también en el campo del derecho internacional una gran trascendencia, porque solo de esta manera los derechos y libertades fundamentales reconocidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos establecen, a su vez, los derechos lingüísticos que les son inherentes.

Así pues, aparte de los instrumentos sobre derechos humanos de carácter general, que por razones de espacio no es posible enumerar aquí, pueden mencionarse los siguientes:

- La Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertencientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas,[28] de 1992.
- La Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza,[29] de 1960.

La creciente sensibilidad referente a la protección de los idiomas y de las comunidades lingüísticas ha favorecido en los últimos tiempos el surgimiento de algunos tratados internacionales de alcance regional, expresamente dirigidos a su conservación y salvaguarda. En el ámbito europeo, es digna de mención la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias.[30] Dicha carta fue elaborada y aprobada por el Consejo de Europa y resulta un verdadero tratado internacional. Entró en vigor el 1 de marzo de 1998, una vez cumplida la condición de cinco ratificaciones.

> [La Carta] declara las obligaciones de los estados en el intento de preservar los derechos lingüísticos de sus minorías y de los ciudadanos que no hablan la lengua oficial. Para facilitar a los estados la firma de dicha Carta únicamente se citan las obligaciones de tipo general, sin hacer ninguna mención a las lenguas concretas y, por lo tanto, resulta un documento exclusivamente orientativo.
>
> Aun así, la Carta reclama medidas mínimas en la enseñanza, en los medios de comunicación, en los equipamientos culturales, en la vida pública y administrativa, e insiste en el reconocimiento de la realidad plurilingüe y en la necesidad de una voluntad firme para preservarla y promocionarla. Por ello puede ser considerada como un avance real, siempre, claro está, que sus recomendaciones sean respetadas y ejecutadas. Para ello es necesario que todos los estados pertenecientes a la Unión Europea firmen y cumplan el contenido de la Carta.[31]

---

[28] En ‹http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/d_minori_sp.htm› (9/9/2010).
[29] En ‹http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/d_c_educ_sp.htm› (9/9/2010).
[30] En ‹http://www.lexureditorial.com/boe/0109/17500.htm› (9/9/2010).
[31] Martí et al.: o. cit., pp. 150-151.

Siempre dentro del ámbito regional europeo, aun cuando su objeto y finalidades sobrepasen la protección de los grupos lingüísticos, es interesante mencionar el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales.[32] Este convenio entró en vigor el 1 de febrero de 1998.

Otra organización de la Unión Europea (UE) que trabaja por la conservación del patrimonio lingüístico es la EBLUL (European Bureau for Lesser Used Languages). Esta institución estima que 40 millones de ciudadanos de la UE hablan un idioma diferente de los considerados oficiales dentro de la propia Unión y aboga por el reconocimiento pleno de sus derechos lingüísticos.[33]

En las últimas décadas, también en África se han celebrado varias conferencias y reuniones de representantes de estados para planificar diversos aspectos referentes a la política lingüística. Así, en 1997 se celebró en Harare la Intergovernmental Conference of Minister on Languages Policies in Africa —organizada por la UNESCO, con la colaboración de la OAU (Organization of African Unity) y la ACCT (Francophone Agency) y el apoyo económico de la República de Zimbabue—, que contó con la participación de expertos gubernamentales de 51 estados. En ella se puso de manifiesto la firme voluntad de trabajar por un futuro en el que la riqueza lingüística sea favorecida y protegida desde la acción gubernamental. Dicha conferencia también elaboró una propuesta de plan de acción, en la que se pretendía la puesta en marcha de medidas y acciones reales por parte de las autoridades de gobierno frente a la promocion de sus idiomas en los ámbitos educativos, administrativos, culturales, comunicativos, económicos, etcétera. En esta línea surgió, el año 2000, la Declaración de Asmara, en la que se subraya la necesidad de potenciar los idiomas y literaturas africanas ante la tendencia de mantener las lenguas coloniales como instrumentos de comunicación en el contexto africano.[34]

También está la Declaración Universal de los Derechos Lingüísticos,[35] firmada en junio de 1996 en Barcelona, como una importante referencia para la conservación y fomento de los idiomas.

Esta declaración surge en el marco de la Conferencia Mundial de los Derechos Lingüísticos, organizada por la Comisión de Traducción y Derechos Lingüísticos del Club Internacional PEN y el Centre Internacional Escarré per a les Minories Etniques i les Nacions, con el apoyo técnico y moral de la UNESCO. Asistieron como participantes no gubernamentales representantes de cerca de 100 países, quienes aprobaron una declaración sobre derechos lingüísticos para la preservación de los idiomas, con el fin de que sirviera de referencia a los diversos organismos estatales e internacionales.

En sus preliminares, la Declaración persigue "corregir los desequilibrios lingüísticos para asegurar el respeto y el pleno desarrollo de todas las lenguas, y establecer los principios de una paz lingüística planetaria, justa y equitativa, como factor de la convivencia social".

---

32 En ‹http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/ircpmn.t1.html› (12/9/2010).

33 Martí et al.: o. cit., p. 152. La página de la EBLUL es ‹http://www.eblul.org/› (12/9/2010).

34 Martí et al., o. cit., pp. 153-154.

35 En ‹http://www.egt.ie/udhr/udlr-es.html› (12/9/2010).

La Declaración Universal de los Derechos Lingüísticos tuvo, entre otras, las siguientes fundamentaciones: el principio básico de la igualdad de todos los pueblos y de todas las lenguas, partiendo de la concepción de que ni las características internas de las lenguas, ni las especificidades económicas, sociales, religiosas, culturales de los pueblos que las utilizan, justifican niguna forma de discriminación. A falta de una legislación internacional en materia lingüística —de suyo necesaria—, esta declaración, con vocación universal, podría contribuir, como una especial referencia, al entendimiento en la comunidad internacional. Conforme a lo anterior, los estados y demás organismos responsables podrían actuar de acuerdo con su contenido y hacer compatible la tendencia unificadora con la pluralidad lingüística y cultural.

Finalmente, los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales de cooperación entre los países, por motivos económicos o de movilidad, que parecen ser cada vez más necesarios, pueden y deberían constituirse en vehículos para facilitar las relaciones entre los hablantes de los grupos lingüísticos, allí donde estos se hallan fragmentados por conflictos fronterizos.

8. Valoraciones finales

Se han presentado los grandes principios que inspiran las políticas lingüísticas, así como un repertorio de técnicas de protección jurídica, dirigidas a la promoción y salvaguarda de los idiomas y de los grupos lingüísticos. La tarea corresponde a los poderes del Estado con idiomas en contacto, en cuanto a la definición de cuáles serían las técnicas que más convendría adoptar, de acuerdo con sus necesidades y la realidad concreta. No obstante, es necesario advertir, sin menospreciar su importancia, que el derecho, considerado aisladamente, se convierte en un instrumento poco eficiente para promover y proteger las lenguas.

En general, resulta insuficiente la aplicación simultánea de las técnicas descritas para mantener y proteger determinado idioma. En la actualidad, poderosas fuerzas (con diversas motivaciones políticas, económicas o sociales) fomentan ferozmente la asimilación de los hablantes de los idiomas menos difundidos. Por tal razón, en numerosos contextos, para que la protección resulte realmente efectiva, se requiere que la adopción de medidas y acciones de tipo legal se haga acompañar de una verdadera transformación y apropiación, en las personas y las colectividades. En todo caso, los estados multilingües, si de verdad se consideran plurales y democráticos, deben tener la firme voluntad de promover y proteger los idiomas que tradicional e históricamente se hablan en su territorio.

Brevemente: ¿Qué orientación debería tener esa transformación y apropiación? Respondo siguiendo al filósofo Raimon Panikkar,[36] de reciente desaparición, cuya postura comparto en su totalidad. El lenguaje, antes de contar con un sentido, un significado, un significante o un referente, nos revela a los hablantes; es decir, a las personas.

[36] Raimon Panikkar: *Paz e interculturalidad. Una reflexión filosófica,* Barcelona: Herder, 2006.

Antes de plantear una relación entre culturas, la interculturalidad supone un encuentro entre personas. La persona habla para entender a su semejante y para entenderse mejor a sí misma, pero también para ser entendida por los *otros.* Hay más que decir. La persona habla porque es propio de su naturaleza hablar, y habla porque piensa. El binomio pensar-ser debe transformarse en el trinomio pensar-hablar-ser. Las consecuencias de esto son importantes. La comunicación de la humanidad es fundamentalmente lingüística, pero los idiomas del mundo son radicalmente distintos, como diferentes son las diversas culturas.

Es necesario comprender el lenguaje del *otro,* sin necesidad de traducirlo. Hablar otro idioma no es traducir del nuestro; es hablar, y por lo tanto pensar, en ese idioma. Resulta aleccionadora la siguiente historia:

> En el siglo XIII, cuando el genio precursor de la interculturalidad, el trovador, místico y filósofo Ramon Llull, en la era de las cruzadas, intentó hacer una aportación pacífica al encuentro entre las religiones, no solo aprendió él mismo el árabe, sino que se esforzó de todas las maneras posibles para convencer a Roma de que crease cátedras de copto, árabe y griego en las nacientes universidades del mundo cristiano.[37]

Se dice que todo lenguaje revela un mundo; que cada cultura es como una galaxia, con sus propios criterios de Bien, Belleza y Verdad. Se ha dicho que la verdad, siendo en sí misma relación, es pluralista, no plural. El pluralismo surge de la conciencia simultánea de que son incompatibles las diversas visiones del mundo y de que resulta imposible juzgarlas de forma imparcial, desde el momento en que ninguno está por encima de su propia cultura, la cual nos proporciona los instrumentos de comprensión.

Un símbolo de este pluralismo es la multiplicidad de idiomas. No todos dicen lo mismo. No hay una "cosa en sí", un *noumenon* del cual los idiomas son los *phainomena;* sin embargo, todas son lenguas humanas y revelan lo *humanum* en sus manifestaciones. La música de fondo es la misma, pero solo se la escucha atendiendo una melodía específica, que forma parte de la propia música. Las fronteras son reales, dado que nos recuerdan las limitaciones de un *humus*, de una tierra humana. El pluralismo no conduce al solipsismo, sino a la tolerancia.

Un último peldaño. Como herederos de la cultura occidental, sería interesante que tomáramos en consideración la propuesta de un auténtico *desarme cultural.*[38] Con esta expresión se hace referencia al necesario abandono de nuestras trincheras, en las que se ha parapetado la cultura occidental, como también otras, conservando sus valores adquiridos, calificados de *no negociables.* Esta expresión metafórica no está fuera de contexto, pues el desarme hace que un individuo cualquiera se sienta vulnerable, y debe realizarse de manera progresiva; pero resulta una condición indispensable para poder establecer un diálogo en igualdad de condiciones entre quienes hablan lenguas

---

[37] Ibídem, p. 64.

[38] Raimon Panikkar: *Paz y desarme cultural,* Santander: Sal Terrae, 1993.

diferentes que están en contacto. Es importante destacar que el diálogo, del que tanto se presume, es totalmente imposible si no existen las condiciones de igualdad.

El diálogo, en el contexto de los hablantes de idiomas en contacto, debe llevar necesariamente el apellido de *intercultural.* Las propuestas monoculturales (provengan de la cultura de la que provengan) están destinadas al fracaso; es necesario ver a los *otros* (en este caso a los que hablan una lengua diferente de la nuestra) no como objetos de observación o conocimiento, sino como otras fuentes de inteligibilidad y sujetos independientes de nuestras categorías "occidentales" o de otras culturas. Este es el fundamento del pluralismo. El desarme tampoco significa la negación de los valores, cultura e idioma propios, sino la no utilización de ellos como armas invasoras.

Termino con un pensamiento recogido en el *Informe sobre desarrollo humano* "La libertad cultural en el mundo diverso de hoy",[39] elaborado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo:

> Soy un artista del Pleistoceno. Dejé mi mano marcada en las cuevas desde Gibraltar hasta Tasmania. Soy un niño de cinco años. Espero ir a la escuela en 2011 y aprender en mi propia lengua. Soy un trabajador urbano —obrero o profesional—, pero también soy un anciano de mi pueblo, depositario y maestro de nuestras creencias y costumbres. La cultura es la herramienta más perdurable de la humanidad y especialmente gracias a ella los humanos han progresado en la Tierra. Familia, tribu, reino, Estado-nación. Yo soy mi idioma, mis símbolos, mi creencia. Yo soy. Nosotros somos.

[39] United Nations Development Programme (UNDP): *Human Development Report, 2004. Cultural liberty in today's diverse world,* Nueva York: UNDP, 2004.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, PP 315-340, ISSN 1510-4974

César Augusto Orrego Azula (Perú)*

Principio de publicidad y el sistema de excepciones al derecho de acceso a la información pública en el Perú

RESUMEN

El derecho de acceso a la información pública hunde su fundamento en la imprescindible publicidad de los actos de la administración pública y la indispensable transparencia que debe sostener a toda república democrática. Los ciudadanos nos veríamos desvalidos en un contexto en el que no se pudieran escrutar las decisiones del poder. En consecuencia, la máxima publicidad de los actos gubernamentales se convierte en una privilegiada forma de control de cómo se utiliza el poder, que ha sido recientemente puesta en manos del pueblo. Sin embargo, existen algunas excepciones reguladas constitucionalmente que pueden ser contrarias a los ciudadanos —por ejemplo, la intimidad, las razones de seguridad nacional y otras situaciones previstas por la ley— y por lo tanto requieren ser escrutadas en su extensión y en su válida alegación para desterrar las peligrosas tentaciones del autoritarismo.

Palabras clave: democracia, Estado de derecho, acceso a la información pública, principio de publicidad, derecho a la intimidad, derechos fundamentales, jurisprudencia, Perú.

ZUSAMENFASSUNG

Das Recht auf Zugang zu öffentlichen Informationen stützt sich auf die unverzichtbare Öffentlichkeit der staatlichen Verwaltungsakte und die unabdingbare Transparenz, auf der jede demokratisch verfasste Republik beruht. In einem Umfeld, in dem die Entscheidungen der öffentlichen Gewalt nicht nachzuvollziehen wären, wären wir als Staatsbürger schutzlos. Demzufolge stellt die gröbtmögliche Öffentlichkeit der Regierungsakte, wie sie der Bevölkerung seit Kurzem zur Verfügung steht, eine privilegierte Form der Kontrolle von Machtausübung dar. Einige von der Verfassung vorgesehene Ausnahmeregelungen können jedoch gegen die Bürger verwendet werden - z. B. im Bereich des Schutzes der Privatsphäre, im Zusammenhang mit Fragen der nationalen Sicherheit sowie in anderen in dem Gesetz vorgesehenen Situationen - und müssen daher auf ihre Reichweite und die Stichhaltigkeit ihrer Begründung überprüft werden, um gefährlichen autoritären Tendenzen zu begegnen.

---

* Miembro de la Defensoría del Pueblo del Perú. Máster en Derecho por la Universidad de Piura. Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica por la Universidad de Alcalá. Postítulo en Transparencia, Accountability y Lucha contra la Corrupción por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. Docente colaborador de la Universidad de Piura. ‹corrego@defensoria.gob.pe›

Schlagwörter: Demokratie, Rechtsstaat, Zugang zu öffentlichen Informationen, Öffentlichkeitsgrundsatz, Recht auf Schutz der Privatsphäre, Grundrechte, Rechtsprechung, Peru.

ABSTRACT

The right of access to public information is based on the need for disclosure of the acts of public administration and the essential transparency which is the foundation of all democratic republics. In a society which did not allow scrutiny of the decisions made by those in power, citizens would be helpless. Therefore, an increased disclosure of government acts has become the best way of controlling how power is used, and is a new tool in the hands of civil society. However, some constitutional provisions establish exceptions (such as the right to privacy, reasons of national security and other situations defined by law) which may be adverse to citizens and which therefore must be closely examined with regard to their scope and applicability in order to eradicate the temptation of authoritarian measures.

Keywords: democracy, rule of law, access to public information, principle of disclosure, right to privacy, fundamental rights, jurisprudence, Peru.

1. Un Estado democrático exige el principio de publicidad y el acceso a la información

Acercarnos al principio de publicidad de la actuación de las autoridades públicas constituye un estación obligatoria inicial para entender al Estado democrático, pues hoy en día, asevera Fernández Ramos, es un lugar común afirmar que, mientras en un Estado autocrático la regla es por naturaleza el secreto, que asegura la arbitrariedad e incontrolabilidad del poder, en un Estado democrático la regla debe ser, por el contrario la transparencia de la acción de los poderes públicos, y el secreto la excepción.[1]

Es importante relevar entonces el pensamiento de Kant, filósofo alemán del siglo XVIII. Para este pensador de la filosofía moderna, la publicidad es el criterio de justicia de las normas que pretendemos aplicar o imponer. Por ello argumenta: "Son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados".[2]

Continúa alegando y consagra la publicidad como valor de principio no solo ético sino jurídico, cuando en su obra sostiene: "No hay que considerar este principio como un mero principio *ético* (perteneciente a la doctrina de la virtud) sino que hay que considerarlo también como un principio *jurídico* (que afecta al derecho de los hombres)".

Por el contrario el secreto es un acto injusto y dramáticamente negativo, pues, como concluye Kant:

---

[1] Severiano Fernández Ramos: *El derecho de acceso a la información a los documentos administrativos*, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997, p. 311.

[2] Immanuel Kant: *Sobre la paz perpetua*, trad. de Joaquín Abellán, presentación de Antonio Truyol y Serra, Madrid: Tecnos, 6.ª ed., 1998, pp. 61-62.

> Un principio que no pueda manifestarse *en alta voz* sin que se arruine al mismo tiempo mi propio propósito, un principio que, por lo tanto, debería permanecer *secreto* para poder prosperar y al que no puedo *confesar públicamente* sin provocar indefectiblemente la oposición de todos, un principio semejante solo puede obtener esta universal y necesaria reacción de todos contra mí, cognoscible *a priori*, por la injusticia con que amenaza a todos. Es, además, un principio *negativo*, es decir, solo sirve para conocer lo que *no es justo* con respecto a los otros.

Ha de aparecer entonces el Estado liberal, y tras de él luego el Estado democrático, para que la publicidad se vaya abriendo paso. Sostiene el profesor Cotino Hueso:

> El Estado liberal, luego democrático, ha ido hurtando grandes espacios a la opacidad a favor de los múltiples frentes de la transparencia y, como se dirá, son muchos los estímulos favorables a la misma en los tiempos más recientes.[3]

En el Perú, el artículo 3.º de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información reconoce expresamente el principio de publicidad y lo establece como presunción jurídica cuando advierte que "toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por la presente Ley". Se prevé así uno de los elementos centrales del sistema de protección del derecho de acceso a la información.[4]

El Tribunal Constitucional peruano lo ha argumentado del modo siguiente: "la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción",[5] "de ahí que este Tribunal haya señalado que la publicidad en la actuación de los poderes públicos debe necesariamente entenderse a modo de regla general, en tanto que el secreto o lo oculto es la excepción en los casos constitucionalmente tolerados".[6]

En consecuencia, ante la duda razonable sobre si la información es pública o no lo es, debe presumirse que esta es pública, porque así se alineará a las exigencias democráticas de escrutinio público y ayudará a revertir la tradición perversa de nuestras administraciones públicas, de presumir que la información debe ser reservada.

Afianzando su corriente jurisprudencial, el máximo intérprete de la Constitución expresa en reciente sentencia:

> […] lo establecido en el referido artículo[7] representa una realidad de doble perspectiva, pues no solo constituye el reconocimiento de un derecho fundamental,

---

[3] Lorenzo Cotino Hueso: *Teoría y realidad de la transparencia pública en Europa*, 2003, p. 8, ‹http://www.cotino.net/web/cotino_org/publicaciones/DEFINITIVO.PDF›.

[4] Toby Mendel: "Consideraciones sobre el estado de las cosas a nivel mundial en materia de acceso a la información", en *Derecho Comparado de la Información*, n.º 8, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, y Fundación Konrad Adenauer, 2006, p. 9.

[5] Expediente 2579-2003-HD/TC, de 16 de abril de 2004, FJ 05.

[6] Expediente 1219-2003-HD/TC, de 21 de enero de 2004, FJ 05.

[7] Se refiere al artículo 2 inciso 5) de la Constitución Política del Perú.

> sino el deber del Estado de dar a conocer a la ciudadanía sus decisiones y acciones de manera completa y transparente. En esa medida, el secreto o lo oculto frente a la información de interés público resulta una medida de carácter extraordinario y excepcional para casos concretos derivados del mandato constitucional.[8]

Los mandatarios deben su función a los mandantes en todo Estado democrático de derecho. Por esta razón, la información en poder de los sujetos (mandatarios) obligados a informar por disposición de una ley es propiedad —en última instancia— del público (mandantes), por lo que solo excepcionalmente se puede admitir que haya registros públicos de manera temporal fuera del conocimiento de la sociedad. Por lo tanto, la regla general es la publicidad de la información en poder de las administraciones públicas.

A nivel constitucional el principio de publicidad, en interpretación de su máximo garante, ha sido derivado de la caracterización del Estado peruano que hace nuestra carta, como república[9] social[10] y democrática:[11]

> Asimismo es de señalar que un Estado social y democrático de derecho[12] se basa en el principio de publicidad (artículo 39.º y 40.º de la Constitución), según el cual los actos de los poderes públicos y la información que se halla bajo su custodia son susceptibles de ser conocidos por todos los ciudadanos. Excepcionalmente el acceso a dicha información puede ser restringido siempre que se trate de tutelar otros bienes constitucionales, pero ello debe ser realizado con criterios de razonabilidad y proporcionalidad.[13]

---

[8] Expediente 0959-2004-HD/TC, de 16 de agosto de 2005, FJ 04.

[9] "La organización del Estado peruano es una República, es uno de los acuerdos más firmes en la historia de nuestras asambleas constituyentes […]", en Carlos Hakansson Nieto: *Curso de Derecho constitucional*, Lima: Palestra, 2009, p.109.

[10] Ibídem, p.109: "Tiene una vocación social, por el reconocimiento de un modelo estatal que nació en el período conocido como de entreguerras, nos estamos refiriendo al llamado Estado Social de Derecho, el cual se antepone a la tradición liberal para responder ante las diferentes necesidades de la sociedad que empezaron a ser concebidas como responsabilidades de todo estado moderno".

[11] Ibídem: "Los artículos 3 y 43 de la Constitución peruana establecen que el estado peruano es una república democrática con autoridades elegidas por sufragio popular en una contienda pluralista y bajo los principios rectores de un Estado de Derecho".

[12] Expediente 0008-2003-AI/TC, del 11 de noviembre de 2003, FJ 10: "El Estado peruano definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas de Estado social y democrático de derecho. Así se concluye de un análisis conjunto de los artículos 3.º y 43.º de la Ley Fundamental. Asimismo, se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. Principios de los que se deriva la igualdad ante la ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado". Asimismo el expediente n.º 06089-2006-PA/TC, del 6 de abril de 2007, FJ 11: "El Estado Social y Democrático de Derecho se configura sobre la base de dos aspectos básicos: a) La exigencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y *con una participación activa de los ciudadanos* en el quehacer estatal; y b) La identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculos para su desarrollo social".

[13] Expediente 5812-2006-HD/TC, del 18 de abril de 2007, FJ 04.

La CIDH ha reforzado el principio publicidad y lo ha expresado de la manera siguiente:

> […] el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.[14]

En similares términos se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia:

> […] el principio de publicidad se ha estructurado como un elemento trascendental del Estado Social de Derecho y de los regímenes democráticos, ya que mediante el conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, y de las razones de hecho y de derecho que les sirven de fundamento, se garantiza la imparcialidad y la transparencia de las decisiones adoptadas por las autoridades, alejándose de cualquier actuación oculta o arbitraria contraria a los principios, mandatos y reglas que gobiernan la función pública […].[15]
>
> [Asimismo] el principio de publicidad se realiza mediante el reconocimiento del derecho que tiene la comunidad a conocer las actuaciones de las autoridades públicas y, a través de ese conocimiento, a exigir que ellas se surtan con total sometimiento a la ley.[16]

Resulta interesante hacer mención al ordenamiento jurídico español, donde el principio de publicidad "deriva como consecuencia necesaria del principio de control pleno de la actuación administrativa".[17] Por lo menos así lo ha afirmado su Tribunal Constitucional cuando estableció:

> […] la publicidad de la actividad parlamentaria, que es una exigencia del carácter representativo de las Asambleas en un Estado democrático mediante la cual se hace posible el control político de los elegidos por los electores, ofrece dos vertientes: una la publicidad de las sesiones; otra, la publicación de las deliberaciones y de los acuerdos adoptados.[18]

---

[14] Caso *Claude Reyes y otros contra Chile,* sentencia del 19 de septiembre de 2006, § 86.

[15] Sentencia T-705/07, FJ 05 (cita a la C-641/02).

[16] Sentencia T-686/07, FJ 23.6.

[17] Juan Francisco Mestre Delgado: *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*: *análisis del artículo 105.b de la Constitución,* Madrid: Civitas, 2.ª ed. amp., 1998, p. 52.

[18] STC 136/1989, de 09 de julio de 1989, FJ 02.

2. Aproximación doctrinal y jurisprudencial a los límites del derecho de acceso a la información

2.1. La intimidad personal y familiar

En el Perú el derecho a la intimidad se encuentra recogido en el artículo 2 inciso 7 de la Constitución Política,[19] en el artículo 14 del Código Civil, e internacionalmente en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,[20] el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[21] Menos amplio es el reconocimiento mostrado en el artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que se restringe a señalar que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su vida privada y familiar.[22]

Por lo tanto, es importante iniciar una aproximación a la relación de estos dos derechos constitucionales: acceso a la información pública e intimidad. La Asamblea General de la OEA aprobó el 8 de junio del 2004 una resolución en la cual reafirma la importancia del acceso a la información pública para el funcionamiento de la democracia; sin embargo:

> […] la meta de lograr una ciudadanía informada debe compatibilizarse con otros objetivos de bien común, tales como la seguridad nacional, el orden público y la protección de la privacidad de las personas, conforme a las leyes adoptadas a tal efecto.[23]

El profesor Mesías Ramírez nos aproxima al entendimiento de la privacidad cuando sostiene que esta categoría abarca esencialmente dos aspectos: "el derecho a no ser perturbado cuando se está solo y el derecho a que no se ponga en conocimiento de terceros datos o hechos de la vida de una persona que podrían perjudicarla".[24]

Eguiguren Praeli comparte el primero de los ámbitos reseñados, aunque disiente del hecho de que se necesite perjuicio de la persona:

> […] por la sola intromisión externa o perturbación no autorizada en áreas privadas o reservadas (actos, hechos, hábitos, datos) que comprende, así como la

---

[19] Establece el artículo constitucional: "Toda persona tiene derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias".

[20] Por su parte, la norma internacional expresa: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra y a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección contra tales injerencias o ataques".

[21] Inciso 2: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio, en su correspondencia, ni ataques ilegales en su honra y reputación".

[22] "Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra ataques abusivos a su honra, reputación y a su vida privada y familiar."

[23] § 10.

[24] Carlos Mesía Ramírez: *Derechos de la persona: dogmática constitucional*, Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2004, p. 118.

> divulgación de su contenido sin contar con el consentimiento de su titular. Por lo que son estas acciones las que configuran la violación del derecho, sin necesidad que con ellas se produzca ningún daño o perjuicio adicional a la persona afectada, bastando la simple molestia ocasionada por la intromisión en la esfera íntima o privada, o por la comunicación no deseada ni autorizada a terceros de aspectos que forman parte de ésta y que su titular desea mantener en reserva.[25]

El primer deber que engendra cualquier derecho, del tipo que sea, es el de respetarlo, satisfaciendo o cumpliendo la exacta deuda en la cual propiamente consiste. Aplicando lo anterior al derecho a la reserva de la vida privada, "lo primero que este derecho exige es el respeto, el cumplimiento de la deuda, que aquí se concreta en la no injerencia, en un abstenerse de agredirlo".[26]

El derecho a la vida privada se debe entender como la prerrogativa que tenemos las personas para no ser interferidas por otras personas o entidad alguna en el núcleo esencial de las actividades que legítimamente decidimos excluir del conocimiento público.

El bien jurídicamente protegido que subyace a este derecho está constituido por la necesidad de la sociedad de asegurar la tranquilidad y la dignidad necesarias para el libre desarrollo de la personalidad humana, con miras a que cada uno pueda llevar a cabo su proyecto vital.

El Tribunal Constitucional peruano tuvo ocasión de aproximarse al concepto de la vida privada, cuando sostuvo:

> Por ende, se considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño.[27]

Dicha aproximación fue aplicada en un hábeas data, por una solicitud de información denegada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, respecto a datos contenidos en la sección primera del formato de declaración jurada de ingresos y rentas de altos funcionarios públicos, pues se alegaba que estos contenían información que correspondían al ámbito de la vida privada del funcionario y de su familia.

La información se refería a los ahorros, colocaciones, depósitos e inversiones del funcionario y de su familia, sus bienes muebles e inmuebles, ingresos del sector público y del sector privado. Se declaró en parte fundada la demanda, otorgándole información en cuanto a los bienes muebles e inmuebles que hayan sido objeto de inscripción en los registros públicos, pues estos gozan de por sí ya de publicidad registral, y

---

[25] Francisco Eguiguren Praeli: *La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal. Su desarrollo actual y sus conflictos*, Lima: Palestra, 2004, p. 116.

[26] Fernando M. Toller: *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva. Estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones,* Buenos Aires: La Ley, 1999, pp. 183 ss.

[27] Expediente 6712-2005-HC/TC, del 17 de octubre de 2005, FJ 38.

sobre los ingresos de fuente pública. En cambio, los ahorros, colocaciones, depósitos e inversiones, bienes muebles no registrables e ingresos de fuente privada encuentran respaldo en el derecho a la intimidad.[28]

A pesar de ello, el tribunal peruano se preguntó si estas informaciones podrían ser restringidas proporcionalmente, con la finalidad de obtener fines legítimos, como la lucha contra la corrupción, la transparencia en la gestión pública y el acceso a la información, para lo cual aplicó el test de proporcionalidad, mediante los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El primero de ellos fue tempranamente cumplido, pues la divulgación de la información en cuestión permitiría cumplir eficazmente con los fines legítimos de luchar contra la corrupción, la transparencia en la gestión pública y el acceso a la información.

Sin embargo, el segundo de los subprincipios, el de necesidad, no fue salvado, con base en dos argumentos. El primero es que la información está destinada al conocimiento de la Contraloría General de la República, la que tiene como función el control del buen uso de los recursos públicos y la transparencia de la gestión pública, pero sobre todo porque "otorgar publicidad información tan detallada de los funcionarios públicos y sus cónyuges constituye una pretensión que se distanciaría del interés público, para pasar al ámbito de la mera curiosidad, la misma que no encuentra en modo alguno respaldo constitucional".[29]

Disiento del tribunal peruano en la utilización del principio de necesidad, que viene siendo asumido por este órgano jurisdiccional como la limitación necesaria para alcanzar el fin en la medida en que cualquier otra opción supondría una carga mayor sobre el derecho afectado, o, en otras palabras, pues de existir una medida alternativa que, siendo igualmente idónea para conseguir el mencionado fin, influya con menor intensidad en el respectivo bien constitucional, entonces la medida cuestionada resultará inconstitucional. Sin embargo, no se hace ningún esfuerzo argumentativo para explicitar si existe otra medida menos gravosa al derecho a la privacidad o intimidad del funcionario público, que permita alcanzar los fines legítimos de luchar contra la corrupción, la transparencia en la gestión pública y el acceso a la información.

En la jurisprudencia comparada, el Tribunal Constitucional español ha declarado:

> […] el atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimiento intrusiva como a la divulgación ilegítima de esos datos.[30]

Es por ello que debemos tener presente, como bien afirma el profesor Ernesto Villanueva:

---

[28] Expediente 4407-2007-HD/TC, del 14 de septiembre de 2009, FJ 22 y 23. El antecedente de este proceso se produjo ante similar pedido al Ministerio de Defensa. Expediente 9944-2005-HC/TC, del 23 de febrero de 2006, FJ 05.

[29] Expediente 4407-2007-HD/TC, FJ 34.

[30] STC 142/1993, del 22 de abril de 1993, FJ 04.

> […] el derecho a la vida privada se materializa al momento de proteger del conocimiento ajeno el hogar, la oficina o el ámbito laboral, los expedientes médicos, legales y personales, las conversaciones y reuniones privadas, la correspondencia por cualquier medio, la intimidad sexual, la convivencia familiar o afectiva y todas aquellas conductas que se llevan a efecto en lugares no abiertos al público.[31]

Asimismo, Luque Razuri, quien ha intentado aproximarse al entendimiento de lo que se considera intimidad personal, lo expone en los siguientes términos:

> La intimidad personal puede entenderse como un concepto estrictamente individual, aquella que concierne a la relación introspectiva de la persona, es un concepto que surge de la naturaleza misma del hombre que siendo un ser social, posee una interioridad que resulta impenetrable para cualquier otro, la posibilidad de trascender su entorno para ensimismarse […]. Es claro que también debe ser protegido el ámbito de las relaciones familiares de ese individuo con sus seres más cercanos, la familia, pero es importante la distinción de ambos conceptos.[32]

Lo que hasta aquí venimos alegando son las formas como se entiende el derecho a la intimidad personal. No cabe duda de que es un derecho trascendente para todo ser humano y, en consecuencia, se aplica como excepción al derecho de acceso a la información pública. Por ello, el fundamento que subyace a la comprensión de esta excepción, se encuentra en que "no puede formar parte del contenido constitucional de un derecho la facultad de afectar —amenazar o violar— otro derecho constitucional".[33]

La Constitución peruana recoge expresamente la excepción respecto a la intimidad personal, y no la intimidad familiar; sin embargo, es necesario precisar que son dos realidades complementarias que deben ser protegidas a los seres humanos. Aunque no está prevista esta última, comparto con el profesor Castillo que tampoco se puede acceder a información que afecte a la intimidad familiar, porque todos tenemos derecho, y con rango constitucional, no solo a la intimidad personal sino también a la intimidad familiar, y —como ya se ha argumentado— no puede formar parte del contenido constitucional de un derecho la facultad de vulnerar otros derechos también constitucionales.[34]

Es relevante presentar algunos pronunciamientos de la jurisdicción constitucional, ámbito en que se tramitó un proceso de hábeas data presentado por Franco Mora contra el jefe del Centro de Salud Miraflores, con objeto de que se le proporcione copia

---

[31] Ernesto Villanueva Villanueva y Marcos Navas Alvear: *Hacia una América Latina transparente. Las experiencias de Ecuador y México*, vol. 2, Quito y México: PUCE y UNAM, 2004, p. 52.

[32] Martín Luque Razuri: *Acceso a la información pública documental y la regulación de la información secreta,* Lima: ARA, 2002, p. 178.

[33] Luis Castillo Córdova: "El contenido constitucional del derecho de acceso a la información en entidades públicas en el ordenamiento constitucional peruano", en *Derecho de acceso a la información pública: Seminario internacional*, Piura: Defensoría del Pueblo, 2005, p. 34.

[34] Ibídem.

certificada de la historia clínica 04523, perteneciente a DNAS. A juicio del demandante, esa historia contenía información relevante para demostrar su inocencia en un proceso penal, en el que eventualmente se lo podría privar de su libertad hasta por cinco años.

El tribunal consideró que uno de los límites a los cuales se encuentra sujeto el derecho de acceso a la información lo constituyen aquellas informaciones que afectan la intimidad personal:

> […] en efecto, el derecho de acceso a la información registrada en cualquier ente estatal no comprende aquella información que forma parte de la vida privada de terceros. Y la información relativa a la salud de una persona, como se establece en el inciso 5) del artículo 17.º del TUO de la Ley N.º 27806 […], se encuentra comprendida dentro del derecho a la intimidad personal.[35]

En este caso, resulta a toda luz evidente que la información solicitada por el ciudadano era de carácter privado y no público, por lo que la judicatura acertó en no permitir el acceso a la referida información, pues de lo contrario se habría atentado contra el derecho a la intimidad del paciente.

En reciente pronunciamiento se analizó una solicitud de información —ante la dirección de la morgue de Lima— de la relación de los nombres y apellidos de los fallecidos en un accidente de tránsito, sus direcciones y los datos de aquellas personas que reclamaron los cadáveres, con el objeto de una asesoría a los deudos. Se pronunció desestimando el pedido, pues: "por sus alcances, podría repercutir en la esfera íntima y privada de estos últimos,[36] cuyos datos no pueden ser puestos en conocimiento de nadie sin su libre y voluntario consentimiento".[37]

Es por ello relevante citar al argentino Fernando Toller, quien precisa que toda información debe tener algún interés público.

> Algunas la tienen en grado sumo, como es la información relativa al gobierno, a la actividad política, a las grandes corrientes sociales relativas a la historia, la filosofía, la cultura, etc. En cambio, al revés de lo que ocurre con la información sobre asuntos públicos, la regla general en la información atinente a las cuestiones privadas es que el público no tiene derecho a conocerlas. El derecho a la intimidad tutela lo privado, lo que por definición queda fuera de lo público y de la publicidad, y cuyo general conocimiento no está requerido por el interés general.[38]

Es preciso recordar qué se debe entender por información pública:

---

[35] Expediente 1480-2003-HD/TC, del 29 de marzo de 2004, FJ 03.
[36] Se refiere a los familiares.
[37] Expediente 5379-2006-HD/TC, del 23 de octubre de 2007, FJ 04.
[38] Toller: o. cit., p. 222.

> Lo realmente trascendental, a efectos de que pueda considerarse como "información pública", no es su financiación, sino la posesión y el uso que le imponen los órganos públicos en la adopción de decisiones administrativas, salvo, claro está, que la información haya sido declarada por ley como sujeta a reserva.

En consecuencia, se requieren dos parámetros: la posesión por las reparticiones públicas y el uso de la información, que debe estar relacionada con la adopción de una decisión administrativa.

Me permito analizar brevemente si la decisión del Tribunal Constitucional en el caso propuesto por Arévalo Hernández contra la Comandancia General de la Marina es acorde a sus propios pronunciamientos, según surge de las actas de la junta de selección para el ascenso del grado de contraalmirante al de vicealmirante. El accionante había participado en el proceso y deseó contar con todos los resultados, incluidos los de los otros postulantes, pero solo se le entregó lo correspondiente a sus propios resultados. Se debe precisar que la información de las actas contenía el puntaje como resultado de la evaluación de su hoja de vida, el puntaje respectivo que le asignó la junta de selección y la suma de ambos. El Tribunal Constitucional denegó el pedido en cuanto a la información de los otros postulantes alegando que con ello se violaría el derecho a la intimidad. Argumentó:

> […] esta información se encuentra protegida por el derecho a la intimidad, por tratarse de resultados reservados al conocimiento de cada oficial que postuló al proceso de ascensos, por lo que el pedido […] debe ser desestimado.[39]

Se desconoce entonces su propio fallo, pues no ha manifestado fundamento alguno en torno a si la información de la evaluación de un proceso de ascensos militares —que debe ser público— contiene información que corresponda a la intimidad de los oficiales.

El baremo lo anunciamos antes: la información de las actas sí se encuentran en posesión del Estado, y además esta información fue el requisito para la evaluación de ascensos militares, que es una función eminentemente pública; por lo tanto, esta información goza de esa misma publicidad. Asimismo el referido pedido de información guarda relación con la comprobación del adecuado actuar y cumplimiento de funciones de un órgano estatal.

Actualmente se encuentra vigente la ley 29108, que establece un principio de transparencia en los ascensos, en el artículo 3, inciso *c*:

> Los resultados serán publicados después de la evaluación de cada Junta, en la página web de cada institución, *excepto* para los casos de oficiales generales y almirantes.

[39] Expediente 4573-2007-HD/TC, del 15 de octubre de 2007, FJ 17.

Esta norma no termina de implementar la transparencia en esta función eminentemente estatal y pública, y no existe ningún criterio razonable para que no se obligue a transparentar los resultados relativos a los altos rangos militares, cuando debe ser todo lo contrario. ¿Será que solo los altos mandos militares tienen derecho a la intimidad?

Complementando la postura de desacuerdo con este pronunciamiento del tribunal peruano, traemos a la discusión otro derecho que estaría en cuestión en el fallo: el referido al debido proceso. En ese sentido citaremos a la propia CIDH, cuando precisa que la negativa a proveer acceso a la información pública que no está fundamentada, que no explica con claridad los motivos y normas en que se basa, también constituye una violación del derecho al debido proceso protegido por el artículo 8.1 de la Convención, puesto que las decisiones adoptadas por las autoridades que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente justificadas; de lo contrario son decisiones arbitrarias.[40]

Otro espacio en que se ha manejado un secretismo muy marcado es la ratificación judicial; sin embargo, nuestro guardián de la Constitución conoció la demanda de hábeas data presentada por Arellano Serquén, que no fue ratificada por el Consejo Nacional de la Magistratura, con la finalidad de tener acceso a los siguientes documentos: a) copia del informe de la comisión permanente de evaluación y ratificación sobre su conducta e idoneidad en el cargo que ejercía; b) copia de su entrevista personal, y c) copia del acta del pleno que contiene la decisión de no ratificarla en su cargo. Se le respondió que no puede acceder a dicha información porque el artículo 28.º de la ley n.º 26397 no lo permite, debido a que la norma prescribe la reserva respecto a las informaciones y deliberaciones que efectúen los miembros de dicho organismo.[41]

Para este alto tribunal, la restricción prevista en esa ley tiene por objeto preservar el derecho a la intimidad personal y familiar del sometido a un proceso de ratificación; es decir, impedir que terceros accedan a determinado tipo de información de interés exclusivo de la persona sometida al proceso de ratificación.[42] Sin embargo, el error cometido es negarle la información a una persona a la que la información pertenece, pues quien peticionó la entrega de información fue la propia persona sometida al proceso de ratificación.

En el 2005, el Tribunal Constitucional peruano resolvió, en concordancia con su precedente:

> Ni la constitución ni la ley que desarrolla dicho derecho constitucional […] excluyen al Consejo Nacional de la Magistratura de la obligación de proporcionar, sin mayores restricciones que las establecidas por la propia Constitución, los documentos que los propios evaluados puedan solicitar.[43]

---

[40] Caso *Claude Reyes y otros contra Chile,* § 120.

[41] Actualmente la referida disposición ha sido modificada por la ley 28489, publicada el 12 de abril del 2005, cuyo tenor establece: "El Consejo garantizará a la ciudadanía en general, a través de su portal web, el acceso a información del registro, con las reservas del derecho de los postulantes y magistrados al honor, a su buena reputación y a su intimidad personal y familiar, conforme a ley".

[42] Expediente 2579-2003-HD/TC, del 16 de abril de 2004, FJ 15.

[43] Expediente 4600-2005-PHD/TC, del 14 de diciembre de 2005, FJ 05.

Es cada vez más frecuente que las instituciones públicas obtengan y almacenen dentro de su acervo documentario información privada de las personas, protegida por la intimidad personal y familiar; no obstante, como lo ha admitido el Tribunal Constitucional, "esta información no es pública, es decir, no debe ser de dominio público, […] lo que puede generar es un atentado contra el derecho reconocido en el artículo 2 inciso 7 de la Constitución peruana […]".[44]

Por esta necesidad de preservar información en poder del Estado que se enmarque en los ámbitos de la intimidad personal se hace ineludible la protección a través de una excepción al principio general de máxima divulgación. Así lo tiene expresado el Tribunal Constitucional peruano:

> […] pues sabido es que existen determinados aspectos referidos a la intimidad personal que pueden mantenerse en archivos de datos, por razones de orden público (vg. historias clínicas). De allí la necesidad de que la propia Carta Fundamental establezca que el acceso a dichas bases de datos constituyan una excepción al derecho fundamental a la información, previsto en el primer párrafo del inciso 5 del artículo 2.º de la Constitución.[45]

Acuña Llamas afirma:

> Los datos personales que guarda el Estado en sus cajones y armarios representan uno de los asuntos más delicados de sus responsabilidad; el síndrome de la apertura informativa, encuentra una excepción en el manejo y resguardo de ciertos datos personales de los habitantes, que posee el Estado en sus archivos, los datos más sensibles sobre las personas.[46]

En el Perú se ha desarrollado la restricción de acceso a la información en el TUO de la ley 27806, que establece:

> El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente: […] 5. La información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar. La información referida a la salud personal, se considera comprendida dentro de la intimidad personal. En este caso, solo el juez puede ordenar la publicación sin perjuicio de lo establecido en el inciso 5) del artículo 2 de la Constitución Política del Estado.[47]

---

[44] Expediente 2579-2003-HD/TC, del 16 de abril de 2004, FJ 12.

[45] Expediente 004-2004-AI/TC y otros acumulados, del 21 de setiembre de 2004, FJ 36.

[46] Francisco Javier Acuña Llamas: "Dos caminos hacia la protección integral de los datos personales en México", en Ernesto Villanueva Villanueva e Issa Luna Pla (comps.): *Derecho de acceso a la información pública: valoraciones iniciales,* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 6.

[47] DS. 043-2003-PCM, artículo 17.

Como corolario se debe advertir que en otras latitudes de Latinoamérica existen pronunciamientos jurisdiccionales que nos acercan al contenido del derecho a la intimidad. Es el caso de la Corte Constitucional colombiana, que se ha pronunciado en el siguiente sentido:

> Se protege la intimidad como una forma de asegurar la paz y la tranquilidad que exige el desarrollo físico, intelectual y moral de las personas, vale decir, como un derecho de la personalidad. Esta particular naturaleza suya determina que la intimidad sea también un derecho general, absoluto, extrapatrimonial, inalienable e imprescriptible y que se pueda hacer valer "erga omnes", tanto frente al Estado como a los particulares. En consecuencia, toda persona, por el hecho de serlo, es titular a priori de este derecho y el único legitimado para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada.[48]

Por lo tanto,

> […] la protección de la vida privada y la protección de la intimidad son necesarias como estructura del orden jurídico y como garantía de respeto de la dignidad personal.[49]

2.2. La seguridad nacional

La excepción que produce más controversia es aquella información pública relativa a las materias que pueden afectar la seguridad nacional. Y es que pocas cosas son tan difíciles de conceptuar como la seguridad nacional, sobre todo si se trata de elaborar un enunciado normativo.

Nos enfrentamos a un concepto jurídico indeterminado, que significa cosas distintas, según se trate de un Estado democrático de derecho o de uno que no lo es. Sea como fuere, lo cierto es que esta expresión aparece en cuanta ley de acceso a la información pública existe en el mundo.[50]

Hay una relación inversamente proporcional entre la conceptualización de seguridad nacional y la restricción del acceso a la información, pues cuanto más laxa o difusa sea la definición de seguridad nacional, más simple será caer en la tentación de abusar de ella y restringir el derecho constitucional de acceder a información, lo que se materializa a través del método de clasificar la información como secreta o restringida, o más bien justificando negativas de acceso a información.

---

[48] S. T-414-92, expediente T-534, del 16 de junio de 1992.

[49] Fernando Escalante Gonzalbo: *El derecho a la privacidad,* México: Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, Cuaderno de Transparencia 02, 2004, p. 42.

[50] En el Perú el artículo 15 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información dispone: "[…] el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto a la información expresamente clasificada como secreta, que se sustente en razones de seguridad nacional".

> ¿Cómo lograr que en nombre de la seguridad nacional no se avasallen los derechos humanos, los derechos de terceros o se confundan con la seguridad del gobierno en turno? ¿Qué hacer para limitar los alcances de la idea de seguridad nacional, haciéndolos compatibles con un Estado democrático de Derecho? ¿Cómo garantizar que la Ley de Acceso a la Información se convierta en un instrumento que amplíe las libertades de expresión e información y no, por el contrario, las pueda vulnerar?[51]

La seguridad nacional se ve amenazada cuando existe una situación de fuerza que perturba gravemente la existencia misma del Estado, lo que genera asimismo la vulneración de los derechos de las personas, ya que es justamente el Estado el garante más importante de estos derechos, según la Constitución y los tratados de derechos humanos. Por lo tanto, se lo debe entender como un bien público que garantiza la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. Así lo deja expresado órgano supremo de interpretación de la constitucionalidad:

> Sin seguridad no hay desarrollo, ni ejercicio pleno de los derechos y libertades fundamentales. Ambos (seguridad y desarrollo), son necesarios para alcanzar el bienestar. De ahí que el artículo 163.º de la Constitución establezca, como una de las tareas fundamentales del Estado peruano, la de garantizar la seguridad de la Nación, a través de un Sistema de Defensa Nacional.[52]

En algunas ocasiones se han confundido los conceptos de seguridad nacional y la seguridad ciudadana, pues cuentan ambos con un objetivo común de repeler las vulneraciones o amenazas a los derechos fundamentales de las personas. La distinción entre ambas radica en que la primera enfrenta situaciones gravosas que pueden desestabilizar las bases mismas del Estado y del sistema democrático, mientras que la segunda trata de neutralizar acciones que afectan los derechos de las personas pero con las cuales no se pretende derribar el orden político y social establecido. Tal distinción es abordada por el Tribunal Constitucional peruano cuando expresa:

> […] el concepto de seguridad nacional no debe confundirse con el de seguridad ciudadana. Aquélla implica un peligro grave para la integridad territorial, para el Estado de Derecho, para el orden constitucional establecido: es la violencia contra el Estado y afecta los cimientos del sistema democrático.[53]

Al respecto, los Principios de Lima sustentan:

---

[51] Ernesto Villanueva Villanueva: *Derecho de acceso a la información y ética periodística,* Asunción: Instituto Prensa y Libertad, 2004, p. 81.

[52] Expediente 017-2003-HD/TC, del 16 de marzo de 2004, FJ 29.

[53] Expediente 0005-2001-AI/TC, del 17 de noviembre de 2001, FJ 02.

> […] es inaceptable que bajo un concepto amplio e impreciso de seguridad nacional se mantenga el secreto de la información. Las restricciones por motivos de seguridad nacional solo serán válidas cuando estén orientadas a proteger la integridad territorial del país y en situaciones excepcionales de extrema violencia que representen un peligro real e inminente de colapso del orden democrático. Una restricción sobre la base de la seguridad nacional no es legítima si su propósito es proteger los intereses del gobierno y no de la sociedad en su conjunto.[54]

En el Perú, la seguridad nacional es concebida como un bien jurídico de relevancia constitucional, es decir, se encuentra reconocida y garantizada por la Constitución,[55] y es improbable que el contenido constitucional del derecho de acceso a la información abarque la facultad de agredir un bien jurídico constitucional. Menos aún si este bien jurídico sustenta la protección de los derechos fundamentales de los habitantes de un país.

La ley 28664, del Sistema de Inteligencia Nacional y de la Dirección Nacional de Inteligencia, reglamentado por el DS 025-2006-PCM, ha merecido el rechazo de instituciones públicas y privadas en el Perú, , entre otras razones, a que incrementa desproporcionadamente los plazos de clasificación de la información.[56] Por lo tanto, cambia sustancialmente el plazo previsto por la ley 27806, que es de cinco años para la información secreta, susceptible de ser ampliado por un período adicional cuando ello se justifique.

Asimismo, se incorpora un concepto de seguridad nacional[57] bastante amplio y ambiguo, por lo que, tratándose de una excepción, su marcada imprecisión suscita interpretaciones que llevan a negar el derecho de acceso a la información pública. Finalmente se puede constatar, en el artículo 31 de la norma comentada, que se prevén directivas secretas; esto atentaría frontalmente con la obligatoriedad de publicidad de las normas jurídicas, requisito esencial de eficacia de toda norma y de su correspondiente obligatoriedad.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de encuadrar hechos en la excepción seguridad nacional, los mismos que se enmarcan dentro de una declaratoria de emergencia decretada por el Ejecutivo en el año 2003, y en los que se solicita, entre otras informaciones, las siguientes: a) qué acciones militares se han realizado en los

---

[54] Principios de Lima, principio n.º 8.

[55] Constitución Política del Perú, artículos 2, 5, 70, 72 y 163-175.

[56] El artículo 17.1 establece: "La desclasificación de información clasificada, producida por el Sistema de Inteligencia Nacional —SINA—, relativa a la seguridad nacional, procede conforme a los siguientes plazos: a) Información confidencial a los diez (10) años de clasificada. b) Información reservada a los quince (15) años de clasificada. c) Información secreta a los veinte (20) de clasificada.

[57] Así se dispone en la primera disposición complementaria de la Ley del Sistema de Inteligencia Nacional —SINA— y de la Dirección Nacional de Inteligencia —DINI—, que define la Seguridad Nacional como "Condición de viabilidad, estabilidad, continuidad y bienestar del Estado y la Nación, a través de políticas públicas especializadas sectoriales de defensa y orden interno, inteligencia y en campos o dominios no militares; para protegerlo y ponerlo fuera de peligro, ante situaciones de amenaza, daño potencial o riesgo".

departamentos, que el día de la presentación de la solicitud de información ante la entidad demandada no se encontraban en estado de emergencia, según resolución suprema 181-2003-DE y decreto supremo 063-2003-PCM, y b) la cantidad de efectivos de las Fuerzas Armadas que fueron desplegados a cada región, durante la vigencia del estado de emergencia, para hacer frente a los hechos que la motivaron.

Sobre este particular se sostuvo:

> Estas dos citadas pretensiones se encuentran enmarcadas dentro de los supuestos de la ley 27806, artículo 15 y 15A[58] porque estas facilitarían conocer las estrategias desplegadas a fin de reestablecer la perturbación del normal ejercicio y desarrollo de las actividades de la comunidad. Por ello, la revelación del plan estratégico diseñado para los fines antes señalados, así como el movimiento de efectivos para enfrentarse a las contingencias de un estado de emergencia, podrían tener una seria incidencia en la estrategia del estado para reestablecer la paz interna, ya que se pondrían sobre aviso aquellos grupos que efectivamente se encuentran perturbando el normal desarrollo de las actividades de la comunidad.[59]

2.3. Información excluida por ley

Hasta ahora viene quedando establecido este derecho constitucional no es un derecho absoluto. Es por ello que se han previsto excepciones a su ejercicio, que pueden estar referidas a informaciones que afectan la intimidad personal, la seguridad nacional, el secreto bancario, la reserva tributaria y las que expresamente se excluyen por ley.

Anota con acierto nuestro Tribunal Constitucional:

> Ni siquiera la condición de libertad preferida de la que goza el derecho de acceso a la información hace de ella un derecho constitucional que no pueda ser objeto de limitaciones. Como se encarga de recordar el propio inciso 5) del artículo 2.º de nuestra Ley Fundamental, su ejercicio no es absoluto, sino que está sujeto a límites o restricciones que se pueden derivar, ya sea de la necesidad de armonizar su ejercicio con otros derechos de la misma clase (v. gr. derecho a la intimidad personal), o bien por la necesidad de salvaguardar bienes

[58] "Artículo 15. Excepciones al ejercicio del derecho. El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto a la información expresamente clasificada como secreta, que se sustente en razones de seguridad nacional, en concordancia con el artículo 163 de la Constitución Política del Perú, que además tenga como base fundamental garantizar la seguridad de las personas y cuya revelación originaría riesgo para la integridad territorial y/o subsistencia del sistema democrático, así como respecto a las actividades de inteligencia y contrainteligencia del CNI dentro del marco que establece el Estado de Derecho en función de las situaciones expresamente contempladas en esta Ley. En consecuencia la excepción comprende únicamente los siguientes supuestos:

"1. Información clasificada en el ámbito militar, tanto en el frente interno como externo:

"a) Planes de defensa militar contra posibles agresiones de otros Estados, logísticos, de reserva y movilización y de operaciones especiales así como oficios y comunicaciones internas que hagan referencia expresa a los mismos."

[59] Expediente 1805-2007-HD/TC, del 31 de agosto de 2009, FJ 17.

> constitucionalmente relevantes (v. gr. la seguridad nacional), y siempre que éstas hayan sido expresamente previstas por ley.[60]

Sostenemos entonces que solo a través de una ley —nunca de un reglamento— pueden establecerse las excepciones legítimas al derecho de acceso a la información pública. Después de la Constitución Política, anota el profesor Castillo:

> […] la ley [es] la expresión normativa más democrática y que ocupa el segundo nivel en el rango normativo. La ley, entendida como manifestación de la voluntad popular en la medida que es aprobada a través de mecanismos democráticos (mayorías) por los representantes de los ciudadanos, es la forma jurídica más idónea para desarrollar los distintos preceptos constitucionales.[61]

De ahí que se haya admitido la existencia de una reserva de ley cuando se trata del desarrollo de las normas constitucionales que reconocen derechos. Para empezar,

> […] cuando se estatuye una reserva legal[62] sobre una materia determinada, esa reserva implicará que solo el Parlamento tendrá iniciativa sobre la referida materia, limitándose el Ejecutivo únicamente a complementarlas con posterioridad y según lo establecido en la ley que desarrolla el precepto constitucional.[63]

El garante de la Constitución se ha pronunciado sobre la reserva legal y su relación con los derechos fundamentales en los siguientes términos:

> El principio de reserva de ley impone que cualquier disposición que tenga por objeto directo la regulación de derechos constitucionales o que, aun cuando de manera indirecta, incida en ella, debe ser objeto exclusivo y excluyente de ley, mas no de fuentes normativas de jerarquía inferior.[64]

El principio de reserva de ley cumple "una función de garantía individual, al fijar un límite a las posibles intromisiones arbitrarias del Estado en los espacios de libertad de los ciudadanos […]",[65] "por lo que hace a determinados derechos fundamentales, la constitución sujeta la actividad limitadora de los derechos fundamentales a la

---

[60] Expediente 1219-2003-HD/TC, del 22 de marzo de 2004, FJ 17.

[61] Castillo Córdova: "El contenido…", o. cit., p. 38.

[62] Luis Villacorta Mancebo: *Reserva de ley y Constitución*, Madrid: Dykinson, 1994, p. 32. Afirma el autor: "[…] con el concepto reserva de ley se definen sectores y materias que están reservados exclusiva y completamente a la ley —aspecto positivo—, esto es, excluidas de una regulación por parte de la Administración, de las fuentes subordinadas, al menos de una regulación autónoma —aspecto negativo—".

[63] Luis Castillo Córdova: *Los derechos constitucionales. Elementos de una teoría general*, Lima: Palestra, 2005, p. 487.

[64] Expediente 1429-2002-HC/TC, del 11 de febrero de 2003, FJ 16.

[65] Expediente 0918-2002-AA/TC, del 25 de marzo de 2003, FJ 05.

necesidad de que se observe el principio de reserva de ley".[66] Así lo ha sustentado el guardián de la Constitución.

A juicio de este tribunal, es importante resaltar la protección de los derechos fundamentales frente al poder reglamentario del Estado, puesto que la sujeción de toda actividad limitadora de un derecho fundamental al principio de reserva de ley o, en su defecto, al principio de legalidad constituye garantía normativa con la que la Constitución ha dotado a los derechos fundamentales. El propósito que ellos cumplen es sustraer tales restricciones del poder reglamentario del Ejecutivo o, en general, de la competencia de cualquier órgano estatal que no represente directamente a la sociedad y, por tanto, que con criterios de generalidad y abstracción pueda establecer restricciones a su ejercicio.[67]

Es importante realizar un recorrido por los pronunciamientos internacionales en materia de reserva legal, el que se produce cuando el Gobierno de la República Oriental del Uruguay, mediante comunicación del 14 de agosto de 1985, somete a la CIDH una solicitud de opinión consultiva acerca del alcance del término *leyes* empleado por el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[68] Al respecto la Corte se pronunció en la OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, en los términos siguientes:

> Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución.[69]

Continúa el pronunciamiento sosteniendo:

> […] la reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad.[70]

Precisa entonces la Corte:

---

[66] Expediente 2868-2004-AA/TC, del 07 de febrero de 2005, FJ 15.

[67] Expediente 2868-2004-AA/TC, FJ15.

[68] El artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece: "Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas".

[69] Opinión consultiva OC-6/86, ítem 22.

[70] Opinión consultiva OC-6/86, ítem 24.

> […] las leyes a que se refiere el artículo 30 [Convención Americana sobre Derechos Humanos][71] son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Solo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.[72]

Con tan clara argumentación en torno a la reserva legal, es razonable preguntarse si en el ordenamiento peruano también se podría utilizar todas las normas con rango de ley para regular el derecho de acceso a la información pública.

Castillo Córdova analiza lo referente a los decretos legislativos y basa su posición en lo enunciado por el Tribunal Constitucional, el cual prevé:

> El principio de reserva legal en general para la regulación de cualquiera de los derechos constitucionales que se encuentren sujetos a dicho principio, o que no estándolo, se encuentren dentro del ámbito del principio de legalidad (artículo 2.º, inciso 24), a), no puede entenderse como una reserva a cualquier tipo de normas a las que el ordenamiento pueda haber conferido el rango de ley, como puede ser el caso de la Ordenanza Municipal, sino como una reserva de acto legislativo, por virtud del cual las restricciones y límites de los derechos constitucionales tengan que contar necesariamente con la intervención del Poder Legislativo, bien sea para que éste directamente los regule (a través de una ley ordinaria, o de exigirlo la Constitución, por una ley orgánica) o bien para que dentro de un ámbito bastante preciso, previsto en la ley autoritativa, confiera por delegación la facultad de regularlos.[73]

Prosigue con su argumentación fundándola en otras dos razones:

> Primero, en uno y otro caso existe la intervención del Parlamento, en uno directamente (en la ley), indirectamente en el otro (decreto legislativo). El Parlamento perfectamente puede delegar al Ejecutivo —por ejemplo— la facultad de legislar sobre una materia referida a la seguridad nacional e incluso habilitarlo para que decida qué información dentro de un contexto de amenaza de la seguridad nacional debe permanecer lejos del alcance de los particulares. Y la ley autoritativa no será una ley inconstitucional porque la seguridad nacional no es una materia cuya delegación haya sido prohibida por el actual texto constitucional.

Y un segundo argumento esgrimido por Castillo Córdova es que el Parlamento mantiene la potestad de legislar, de modo que puede emitir una ley que derogue o

---

[71] Se agregó la norma jurídica a la que se hace referencia en el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

[72] Opinión consultiva OC-6/86, ítem 35.

[73] Expediente 1115-1999-AA/TC, del 17 de mayo de 2000, FJ 06.

modifique aquellos decretos legislativos que a su entender se han excedido de las facultades delegadas; labor de control que en segunda instancia puede ser desarrollada por el Poder Judicial en referencia a casos concretos, utilizando el control difuso, "o por el Tribunal Constitucional que analice en abstracto la constitucionalidad de los decretos legislativos a través de una demanda de inconstitucionalidad o llamado también el control concentrado".[74]

El propio pronunciamiento de la CIDH al que hemos hecho referencia también se refiere a la posibilidad de delegaciones legislativas, pero las condiciona a que estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención.[75]

Sin dejar de reconocer lo convincente de los argumentos, debo disentir de esa postura interpretativa y, por el contrario, advertir que, para el caso peruano, el legislador ha desarrollado esta exigencia constitucional a través del inciso 6 del artículo 17.º y del primer párrafo del artículo 18.º del TUO de la ley n.º 27806.

El primero señala que no podrá ser ejercido el derecho de acceso a la información respecto de "aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución o por una ley aprobada por el Congreso de la República". Por lo tanto, para el caso del Perú, ha sometido las excepciones al derecho de acceso a la información pública al principio de legalidad formal. El primer párrafo del artículo 15-C de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública se encarga de asegurar esta garantía de legalidad formal: "no se puede establecer por una norma de menor jerarquía ninguna excepción a la presente Ley".[76]

Mucho más clara es la posición para rechazar el hecho de que mediante normas con rango legal del ámbito de los gobiernos regionales y locales se pueda exceptuar información, pues además se puede precisar que la prohibición de limitar o establecer excepciones al derecho de acceso a la información no es de su competencia. Asimismo, recuérdese lo que, con base en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional,[77] se argumentaba líneas arriba. Pues bien, en el supuesto de que se admitiese que los gobiernos regionales y locales puedan tener competencia en la regulación de este derecho a través de ordenanzas regionales o municipales, se debe entonces también admitir la posibilidad de diversos niveles de protección, dependiendo del órgano regulador, lo que es inviable jurídicamente.

Por otro lado, comparto la justificación del profesor Castillo:

> [Lo realmente importante es que] se trate de una exclusión razonable y que, por tanto, se ajuste plenamente al principio de proporcionalidad […] ni el

[74] Castillo Córdova: *Los derechos…*, o. cit., p. 40.

[75] Opinión consultiva OC-6/86, ítem 36.

[76] Informe defensorial n.º 96, *Dos años de vigencia de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2003-2004*, Defensoría del Pueblo, noviembre de 2005, pp. 150-151.

[77] Expediente 1115-1999-AA/TC, FJ 06.

> Parlamento ni ningún otro órgano constitucional está habilitado para vulnerar la Constitución. Muy por el contrario, la Constitución es una norma jurídica —y además fundamental— que vincula de manera efectiva a sus destinatarios, al poder político en general y al legislador en particular.[78]

No es por tanto una carta blanca al Parlamento nacional. Parece bastante razonable sustentar que, aun siendo el Legislativo el único poder del Estado habilitado a regular el contenido del derecho fundamental de acceso a la información pública y, por tanto, para establecer las informaciones que pueden y que no pueden ser objeto de acceso, no se encuentra autorizado a disponer lo que sea y a incorporar arbitrariamente cualquier información a la lista de informaciones no accesibles por los ciudadanos.

> Solo a través de una previsión legislativa que se ajuste al principio de razonabilidad o de proporcionalidad se puede establecer legislativamente que una información no puede ser suministrada por la entidad administrativa, sin con ello vulnerar el contenido constitucional del derecho de acceso.[79]

La ley, por tanto, no puede desconocer o desnaturalizar el contenido constitucional de los derechos fundamentales. Para ello nos serviremos de García Macho, quien cita un pronunciamiento del Tribunal Constitucional español que establece que se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.[80]

Aunque aún existen escasos pronunciamientos sobre esta materia de la jurisdicción constitucional, resulta relevante hacer notar que las excepciones amparadas en ley expresa no pueden ser interpretadas de cualquier manera. Esto sucede en el caso de la Contraloría General de la República, que cuenta con la Ley del Sistema Nacional de Control, la cual, si bien prevé el principio de reserva en las acciones de control,[81] dispone que estas deben ajustarse a lo expresamente previsto en la norma y no ampliarlo arbitrariamente:

> Dado que la reserva se circunscribe al momento de la "Ejecución de control" y este ya ha concluido en el caso de autos, la información solicitada por el recurrente ya no se encuentra bajo el ámbito de la reserva, por lo que debe serle entregada.[82]

---

[78] Castillo Córdova: *Los derechos…*, o. cit., pp. 40-41.

[79] Ibídem, p. 41.

[80] Ricardo García Macho: *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Barcelona: Ariel, 1988, p. 151.

[81] Ley 27785, artículo 9, inciso *n:* "La reserva, por cuyo mérito se encuentra prohibido que durante la ejecución del control se revele información que pueda causar daño a la entidad, a su personal o al Sistema, o dificulte la tarea de este último".

[82] Expediente 1861-2008-HD/TC, del 23 de septiembre de 2009, FJ 05.

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en el expediente instaurado por Roberto Ato del Avellanal contra la Municipalidad Provincial de Contraalmirante Villar.[83]

3. Exigencia de las respuestas del Estado: presunción de inconstitucionalidad

Una de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional peruano en la década pasada exigía al Estado la obligación de fundar la restricción en motivos objetivos y razonables:

> Que, en ese sentido, y como quiera que la entidad demandada no ha expresado razones objetivas y razonables para no proporcionar la información requerida, como consecuencia de que con ello se vaya a afectar el derecho a la intimidad, personal o familiar de terceros, ni una ley o razones de seguridad nacional impiden, en principio, que se proporcione la información que el demandante ha solicitado, este Tribunal Constitucional considera que se ha acreditado la violación.[84]

Similar argumentación desplegó la Corte Suprema de Colombia en un fallo del 21 de agosto de 2008. Un periodista había solicitado información pública en sobre las condiciones en que murieron diez personas a quienes el Ejército señalaba como miembros de grupos armados al margen de la ley. La autoridad militar negó la información indicando que "por tratarse de asuntos relacionados con la estructura militar y concernientes con la Defensa y Seguridad Nacional, dichos datos solamente pueden ser suministrados en virtud de un mandato judicial proveniente de autoridad judicial competente". La Corte Suprema arguyó:

> Si bien es cierto que el artículo 12 de la ley 57 de 1985, consagró una restricción para consultar los documentos que contengan información relacionada con la defensa o la seguridad nacional, también es verdad que la entidad que se ampare en esta disposición, debe motivar su decisión y señalar concreta y puntualmente las razones en las que se apoya su negativa para responder la solicitud, requisito que no cumplió la autoridad acusada […].[85]

Nuestro máximo intérprete constitucional ha generado algunos requisitos que operan como garantías de legitimidad de las restricciones al derecho de acceso a la información pública. Así, se debe aplicar un control riguroso a todo acto o norma destinado a limitar el acceso a la información pública y por ende a establecer excepciones, el que debe someterse a la técnica —en palabras del máximo intérprete de la

[83] Expediente 3790-2007-HD/TC, del 17 de octubre de 2007, FJ 04.
[84] Expediente N.° 1071-98-HD/TC, del 02 de junio de 1999, FJ. 05.
[85] POMC, expediente 2008-00247-01, FJ 4.*a*.

constitución— de la "presunción de inconstitucionalidad"—.[86] Ello con la finalidad de hacer recaer la carga de la prueba en la entidad responsable de la limitación, no solo acerca de la razonabilidad y proporcionalidad de la restricción, sino además —continúa fundamentando el tribunal— porque "existe un apremiante interés público por mantener en reserva o secreto la información pública solicitada y, a su vez, que solo manteniendo tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica".

Coincido por tanto con la Defensoría del Pueblo cuando afirma:

> La invocación de cualquiera de ellas o el establecimiento de una nueva excepción a través de una ley, deberá ser el fruto de una decisión escrita y suficientemente motivada en los términos antes indicados. En ese sentido, quedan descartadas aquellas limitaciones carentes de motivación o los casos de motivación aparente donde no existe ninguna conexión lógico-jurídica entre la justificación expuesta y la causal invocada. […] la mera ausencia de motivación o la comprobación de motivación aparente, confirma la presunción de inconstitucionalidad y por ende la invalidez de la excepción o limitación.[87]

Sería útil precisar la procedencia de la presunción de inconstitucionalidad, con apoyo en la naturaleza del derecho de acceso a la información pública. Castillo Córdova la sustenta en:

1. La significación del derecho como derecho constitucional. Dentro de este supuesto existen dos razones: a) Por tratarse de un derecho constitucional, cuenta con una dimensión objetiva en su contenido constitucional, es decir, obliga al Estado a promover la plena vigencia de los derechos fundamentales. En consecuencia, el poder estatal debe justificar toda medida que suponga la limitación del derecho fundamental. b) Se aplica el principio *pro libertatis* o *pro homine,*[88] que anima a la vigencia e interpretación de las normas constitucionales con una opción favorecedora de los derechos constitucionales. Por consiguiente, el poder público debería fundamentar y probar que

[86] Expediente 1797-2002-HD/TC, FJ 11.

[87] Informe defensorial n.º 096, p. 157.

[88] Expediente 2005-2009-AA/TC, del 16 de octubre de 2009, FJ 33: "El principio *pro homine* es un principio hermenéutico que al tiempo de informar el derecho de los derechos humanos en su conjunto, ordena que deba optarse, ante una pluralidad de normas aplicables, siempre por aquella norma *iusfundamental* que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos; es decir aquella que despliegue una mayor eficacia de la norma. O como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio *pro homine* implica que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales [STC n.º 1049-2003-PA, fundamento 4]. Asimismo pero de manera inversa, también implica que debe preferirse la norma o interpretación más restringida cuando de los que se trata es de fijar restricciones al ejercicio de los derechos, sean éstas de carácter permanente o extraordinaria. Esta directriz de preferencia de normas o de interpretación alcanza a ser aplicable incluso en los casos de duda sobre si se presenta una situación en que se encuentran en juego derechos fundamentales u otros derechos". Cf. también la opinión consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, "en virtud del principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones (principio pro homine)"

determinado acto que niega el acceso a la información es un acto constitucional por ser razonable y proporcionado.

2. La finalidad del derecho de acceso a la información pública. Lo que define y caracteriza este derecho fundamental es permitir la transparencia en la actuación del Estado, de manera que las decisiones de los entes públicos sean conocidas y fiscalizadas por los ciudadanos. De este modo, la finalidad declarada del derecho de acceso a la información pública puede verse afectada si se permite que el mismo ente estatal establezca de manera arbitraria que determinada información debe ser negada a los ciudadanos. Por otro lado, es importante que reconozcamos que el principio de publicidad obliga a la entrega de la información, y solo se permite un acto secreto o confidencialidad como excepción.

Justifica y prueba quien alega la limitación del derecho. Los entes estatales que opten por denegar información a los ciudadanos deben probar el apremiante interés público de mantener en secreto la información solicitada; esto porque existe la regla de que quien alega, fundamenta y prueba lo que alega. Carolina Botero sostiene que la obligatoriedad de la carga de la prueba le corresponde a quien la alega la restricción, es decir, a la repartición estatal que es compelida a entregar información:

> Corresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control, ha cumplido con los requisitos establecidos en la Convención —sentido en el cual se pronunció el Comité Jurídico Interamericano en su resolución sobre los "Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información", al establecer que "la carga de la prueba para justificar cualquier negativa de acceso a la información debe recaer en el órgano al cual la información fue solicitada".[89]

Hay por tanto una obligación positiva del Estado[90] cuando se trata de fundamentar la negativa del derecho de acceso a la información pública. Así ha quedado expresado en una declaración conjunta de 2004 por órganos internacionales protectores de este derecho fundamental:

> La autoridad pública que procure denegar el acceso debe demostrar que la información está amparada por el sistema de excepciones.[91]

---

[89] Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008, vol. III, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, § 167.

[90] Helen Darbishire: "El derecho a la información en América Latina", en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 2, Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, junio 2006, p. 266.

[91] Declaración Conjunta 2004 del relator especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el relator especial de la OEA para la Libertad de Expresión.

En el ámbito regional la CIDH ha implementado tres requisitos que debe cumplir una limitación al derecho de acceso a la información pública, los que a partir de ese momento deben tomar en cuenta los jueces en el Perú:

> En cuanto a los requisitos que debe cumplir una restricción en esta materia, en primer término deben estar previamente fijadas por ley[92] como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público. Dichas leyes deben dictarse "por razones de interés general[93] y con el propósito para el cual han sido establecidas".
>
> En segundo lugar, la restricción establecida por ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana. Al respecto, el artículo 13.2 de la Convención permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar "el respeto a los derechos o a la reputación de los demás"o "la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".
>
> Finalmente, las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.[94]

---

[92] La propia sentencia precisa: "En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión *leyes,* utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general".

[93] Continúa la sentencia: "El requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del 'bien común' (art. 32.2), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático […]".

[94] Caso *Claude Reyes y otros contra Chile,* sentencia del 19 de septiembre de 2006, FJ 89, 90, 91.

IV. Democracia y Estado de derecho

- Horacio Andaluz Vegacenteno (Bolivia)
  La posición constitucional del Poder Judicial

- Jesús M. Casal (Venezuela)
  ¿De la Constitución nominal a la Constitución fachada?
  Reflexiones a partir de la evolución constitucional venezolana

- Wilson Engelmann (Brasil)
  As nanotecnologias e os novos direitos:
  A (necéssaria) revisao da estrutura das fontes do direito

- Roberto Islas Montes (México)
  Principios jurídicos

- Norbert Lösing (Alemania)
  Independencia y función del Poder Judicial
  en el Estado democrático de derecho

- Têmis Limberger e Jânia Maria Lopes Saldanha (Brasil)
  A efetivação do direito à saúde e a jurisprudência
  do Supremo Tribunal Federal brasileiro: Novas metodologias e institutos
  processuais democratizando a jurisdição constitucional

- Pedro Martínez Ruano (España)
  Los modelos latinoamericanos y europeos de control electoral

- Leonardo Martins e Thiago Oliveira Moreira
  Constitucionalidade e convencionalidade de atos do poder público:
  concorrência ou hierarquia?
  Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira

- Rudolf Mellinghof (Alemania)
  Los tribunales constitucionales entre la autolimitación judicial
  y la injerencia político-constitucional

- Ruitemberg Nunes Pereira (Brasil)
  Pluralizando as cortes superiores no Brasil:
  a proposta do mandato para juízes

- Néstor Pedro Sagüés (Argentina)
  Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, PP 342-359, ISSN 1510-4974

Horacio Andaluz Vegacenteno (Bolivia)*

La posición constitucional del poder judicial

RESUMEN

En el Estado de derecho, el poder judicial se posiciona a la par de los poderes legislativo y ejecutivo, lo que consigue a través de su independencia. Este artículo lo explica desde el punto de vista doctrinal y lo aplica al análisis de la regulación en la materia en la Constitución de Bolivia de 2009, para luego contrastarlo con el desarrollo legislativo y un caso práctico de jurisprudencia constitucional.

Palabras clave: poderes del Estado, Estado de derecho, control de constitucionalidad, fuentes del derecho, *common law,* debido proceso legal, tribunales constitucionales, Constitución política, Bolivia.

ZUSAMENFASSUNG

Im Rechtsstaat steht die Judikative dank ihrer Unabhängigkeit auf gleicher Stufe mit der Legislative und der Exekutive. Ausgehend von der Rechtsdoktrin erläutert der Artikel diesen Sachverhalt und analysiert die entsprechenden Bestimmungen der bolivianischen Verfassung von 2009, um sie anschliebend mit ihrer Ausformulierung in der Gesetzgebung und einem Fall aus der verfassungsgerichtlichen Praxis zu vergleichen.

Schlagwörter: Staatsgewalten, Rechtsstaat, Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit, Rechtsquellen*, common law,* rechtmäßiges Verfahren, Verfassungsgerichte, Verfassung, Bolivien.

ABSTRACT

Under the rule of law, the judiciary is placed at the same level as the legislative and executive powers by virtue of its independence. This study provides a doctrinal explanation and uses it to analyse the Bolivian Constitution of 2009, which is then contrasted with legislation and with a decision by the constitutional court.

---

* Profesor de Derecho en la Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra. Árbitro de la Cámara de Industria, Comercio y Turismo de Santa Cruz. *Master of Laws*, Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho (Harvard Law School). Máster en Derecho Internacional (Universidad Complutense de Madrid). Antiguo alumno de la Academia de La Haya de Derecho Internacional. Publicación vinculada a este tema: *Aplicación judicial de la constitución* (El País, 2010). ‹handaluz@post.harvard.edu›

Keywords: powers of the State, rule of law, constitutionality control, sources of law, common law, due process of law, constitutional courts, political Constitution, Bolivia.

I

1. O el poder judicial es independiente o es subordinado. Si es lo primero, es el poder judicial de un Estado de derecho. Si es lo segundo, no hay Estado de derecho.

2. Es independiente si está habilitado para hacer inexequibles los actos del poder público. Significa que participa del sistema de frenos y contrapesos. Está posicionado a la par de los poderes ejecutivo y legislativo. En la tradición constitucional angloamericana, el poder judicial ocupa este lugar por mérito propio. El *rule of law* (Estado de derecho) fue una creación histórica de los tribunales.[1] Significaba 1) su vinculación al *common law* (derecho común) y 2) su independencia de las órdenes del monarca o sus delegados.

Esto arraigaba en las doctrinas inglesas de 1) la supremacía del *common law* y 2) el debido proceso. Ambas se deben al juez Coke (1552-1634). En la primera puso al *common law* como fundamento del sistema jurídico británico. La aplicó en el asunto *Bonham* (1610), que revocó una decisión de naturaleza administrativa con pie en que violaba el principio del *common law* según el cual ningún hombre debe ser juez de su propia causa.[2] En la segunda hizo equivalentes el debido proceso y la expresión *law of the land* (ley del país), que venía de la Carta Magna (1215) como una limitación al poder del rey para encarcelar o desposeer a una persona de sus bienes, "a no ser por un juicio legal de sus pares y por la ley del país" (párrafo 39). De aquí concluyó que el debido proceso incluía las garantías procesales contra el ejercicio arbitrario del poder (*procedural due process*) y la limitación sustantiva del poder gubernamental (*substantive due process*). La aplicó en el asunto *Prohibitions* (1607), que negó que el rey pudiese juzgar directamente —solo podía hacerlo a través de los tribunales, "de acuerdo con el derecho y la costumbre de Inglaterra"—[3] y en el asunto *Proclamations* (1611), que negó

[1] En su sentido formal al menos, la idea de un Estado de derecho es de los tribunales ingleses. Su formulación teórica vino dos siglos después, en Alemania, de la mano de Von Mohl (1844) y, entre otros, de Bähr (1864): "[…] el Derecho y la ley solo pueden adquirir significado y poder real donde encuentran un pronunciamiento judicial dispuesto para su realización" (Otto Bähr: *El Estado de derecho*, 1864, p. 12, cit. por Kart-Peter Sommermann: *El papel de la Ley alemana de la justicia administrativa para la realización del Estado de derecho*, en Pedro Aberasturi (coord.): *Ley de la Justicia Administrativa Alemana*, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer y Abeledo Perrot, 2009, p. 4).

[2] Cit. por Alfred H. Kelly, Winfred A. Harrison y Herman Belz: *The American Constitution. Its Origins and Development,* vol. I, 7.ª ed., Nueva York: W.W. Norton, 1991, p. 61.

[3] Cit. por Eduardo García de Enterría: *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa,* Madrid: Alianza, 2.ª reimp., 2001, p. 148.

que pudiese crear nuevos delitos: ese era un monopolio del poder legislativo, y lo suyo un acto de usurpación.[4]

Hasta aquí el derecho inglés. Las colonias americanas independizadas (1776) dieron a sus tribunales la misma competencia que tenían sus pares ingleses para 1) imponer a la administración el cumplimiento de un acto debido (*writ of mandamus*) y 2) cuestionar la legalidad de sus actos (*quo warranto*). Se trataba de reivindicar el derecho de los colonos de ejercer el mismo grado de libertad del que gozaban los ingleses. El control de constitucionalidad estaba *ad portas*. Apareció primero como un argumento de parte en las judicaturas estaduales de Rhode Island (*Trevett v. Weeden*, 1786)[5] y Carolina del Norte (*Bayard v. Singleton*, 1787).[6] Luego como un *dictum* de la Corte Suprema de Justicia (*Hylton v. United States*, 1796).[7] Y finalmente fue aplicado en *Marbury v. Madison*[8] (1803), cuando William Marbury solicitó a la Corte un *mandamus* para que el secretario de Estado le entregase su nombramiento de juez de paz.

3. El poder judicial concebido por la Revolución Francesa no podía contraponerse al ejercicio del poder. Nació histórica e ideológicamente subordinado. 1) Los tribunales estaban identificados con el estamento nobiliario, derrotado en 1789. A pesar de su cuna, en los últimos tiempos del Antiguo Régimen habían enjuiciado los actos de la administración real, oponiéndose. Los revolucionarios no querían que sus actos corriesen la misma suerte. Su enjuiciamiento fue asimilado al prevaricato, prohibiéndoselo. 2) Esta posición venía de una lectura esquemática de la ideología de la división de poderes. Montesquieu aplicaba el sistema de frenos y contrapesos a los poderes legislativo y ejecutivo. Y como el primero lo disgregaba en dos cuerpos (el de nobles y el del pueblo), los dos poderes sumaban tres. A los tribunales correspondía la ejecución de las leyes. Eran el "poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil". Quedaban subordinados al poder que les autorizaba a ejecutarlas.[9]

Esta posición no podía sostenerse. Violaba la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Su artículo 7 positivó el principio de legalidad, en sentido lato.[10] Si los poderes públicos solo podían hacer aquello para lo cual habían sido habilitados, entonces los actos no autorizados eran arbitrarios. La libertad general de actuación nacía del artículo 5.[11] Y el artículo 16 asentaba el régimen constitucional en

---

[4] Cit. por Manuel García Pelayo: *Derecho constitucional comparado,* Madrid: Alianza, 1999, p. 262.

[5] Cf. Kelly, Harrison y Belz: o. cit., p. 170.

[6] Charles Grove Haines: *The American Doctrine of Judicial Supremacy,* Nueva York: Russell & Russell, 1959, pp. 105-106, 115-117.

[7] 3 U.S. 171 (1796).

[8] 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

[9] Cf. Montesquieu: *El espíritu de las leyes* (Madrid: Tecnos, 1987), pp. 107 y 113.

[10] "[…] Los que solicitan, facilitan, ejecutan o hacen ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o requerido en virtud de lo establecido en la Ley debe obedecer inmediatamente […]."

[11] "[…] Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que la Ley no ordena."

la garantía efectiva de los derechos.[12] Si los actos arbitrarios no podían ser enjuiciados, el principio de legalidad caería por su base. Y con él, la garantía efectiva de la libertad general de actuación de los ciudadanos. De quedarse así, la Revolución habría dado un rodeo para llegar al mismo punto: el enseñoramiento de la administración sobre los ciudadanos. Se instituyó un remedio, pero la cura no fue completa. Siguió asumiendo que los tribunales no podían enjuiciar los actos del poder público. La salida consistió en que la administración juzgue a la administración, porque, dijeron, "juzgar a la administración es administrar". La Constitución napoleónica del año VIII (1799) creó el Consejo de Estado. Se ocuparía de las reclamaciones patrimoniales contra la administración y del control de legalidad de sus actos (exceso de poder). Pronto tomó características judiciales. Fue la causa moderna de que en el sistema continental las acciones contra la administración estén reservadas a tribunales especializados, distintos a los tribunales civiles.

El control judicial de los actos de la administración se había impuesto en Europa para el siglo XIX. Pero el control de constitucionalidad tardó más en llegar. Como en la tradición continental no se usaba respetar el carácter vinculante de los precedentes, confiar la tarea a la jurisdicción ordinaria ponía en peligro la unidad del sistema jurídico.[13] La creación de un tribunal especializado en la guarda de la constitución se produjo en Austria y Checoslovaquia en 1920, y en España en 1931. Ninguno de ellos resistió la crisis liberal que terminó con la posguerra. La aplicación judicial de la constitución maduró en los sistemas de cuño romano-germánico recién luego de los ejemplos de la Corte Constitucional italiana (1947) y del Tribunal Constitucional Federal alemán (1949).

4. En la Constitución de Bolivia el poder judicial participa del sistema de frenos y contrapesos. Es titular de 1) la defensa de la Constitución (acciones constitucionales) y 2) del control de las actuaciones administrativas (proceso contencioso-administrativo).

De lo primero pueden rastrearse antecedentes hasta las reformas constitucionales de 1861. Ya aquí la Corte Suprema "[conocía] de los negocios de puro derecho, cuya decisión depend[ía] de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes" (artículo 65.2). Pero la guarda de la Constitución recién fue eficaz en las reformas de 1994, que se la confiaron al Tribunal Constitucional (artículos 119-121). Recién aquí la Constitución rigió como una auténtica norma jurídica. La supremacía de la constitución es una cuestión de hecho. Es la norma fundacional del sistema jurídico en la

[12] "Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene constitución."

[13] "Aunque los tribunales en Estados Unidos solo tienen el poder para inaplicar al caso concreto la norma que declaran inconstitucional, el peligro de un práctica contradictoria entre los órganos de aplicación no es aquí ni remotamente tan grave como lo era en Austria antes del establecimiento del Tribunal Constitucional. […]. [Como] las decisiones de la Corte Suprema vinculan a todos los demás tribunales, en tanto los tribunales americanos se consideren obligados por los precedentes de la Corte rechazando la aplicación de una norma a un caso concreto debido a su inconstitucionalidad, la decisión tiene prácticamente los mismos efectos que la anulación general de tal norma" (Hans Kelsen: "Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution", 4-2 *The Journal of Politics,* 1942, pp. 188-189).

medida de su efectividad para dotar de validez a la pluralidad de normas que lo integran. Este es el dato fáctico de su acatamiento por parte de los poderes públicos. Solo la adjudicación de sus normas da cuenta de la subordinación de los poderes públicos a su imperio. Esta es la razón de la primacía constitucional. De esto, las cláusulas de supremacía son solo una descripción, no su fundamento. Fundar la primacía de la constitución en su cláusula de supremacía es incurrir en un razonamiento circular: es afirmar que la constitución es suprema porque ella dice que lo es.

De lo segundo el rastro es más antiguo. Ya en 1831 el contencioso-administrativo estaba en la Constitución (artículo 113.3).[14] Y la Constitución anterior se refería expresamente a él como jurisdicción especializada (artículo 116.III),[15] como recurso (artículo 118.3)[16] y como proceso (artículo 118.7).[17] Salvo lo referido a la jurisdicción agroambiental (artículo 189.3), nada de esto está hoy. La redacción no dice nada, pero la norma lo dice todo. La regla constitucional es que las actuaciones administrativas son enjuiciables judicialmente. Aquí la herencia republicana lo define todo. 1) Si no lo fueran, este no sería un Estado de derecho (artículo 1). 2) Para que no lo fuesen, la Constitución tendría que prohibirlo expresamente (porque hace a la mismidad del Estado de derecho). Como no hay tal prohibición, su enjuiciamiento es válido. Y 3) como tampoco hay prohibición constitucional que pese sobre la causa de pedir, son enjuiciables las actuaciones en general de la administración (actos administrativos, hechos administrativos, vías de hecho, omisión de actos y prestaciones debidas), y no solo su manifestación en la forma de actos (decisión formal). Aquí la competencia del poder judicial la define el silencio de la Constitución (ausencia de norma contraria) y el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 115.I de la Constitución): por sus fines, el proceso contencioso-administrativo no pretende el saneamiento *per se* del sistema jurídico, sino la tutela de los derechos del administrado (plena jurisdicción). Para esto, la anulación del acto administrativo dañoso es un remedio (control objetivo), pero no el único.

II

5. Que la justicia emane del pueblo (artículo 178.I) es un indicio de la independencia del poder judicial. Pero no es suficiente. Esta declaración es una reiteración del artículo 7. Ha estado siempre en la Constitución. Se trata del principio de base de

[14] "Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: […] Conocer de las causas que resulten de los contratos o negociaciones del Poder Ejecutivo."

[15] "La facultad de juzgar en la vía ordinaria, contenciosa y contencioso-administrativa y la de hacer ejecutar lo juzgado corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales y jueces respectivos, bajo el principio de unidad jurisdiccional."

[16] "Son atribuciones de la Corte Suprema: […] Resolver los recursos de nulidad y casación en la jurisdicción ordinaria y administrativa."

[17] "Son atribuciones de la Corte Suprema: […] Resolver las causas contenciosas que resulten de los contratos, negociaciones y concesiones del Poder Ejecutivo y las demandas contencioso-administrativas a las que dieren lugar las resoluciones del mismo."

la república. Acá la "soberanía emana del pueblo y su ejercicio reside en los poderes [públicos]" (artículo 8 de la Constitución de 1826), que lo reciben por delegación. Esto hace al delegante contralor del poder judicial. No controla a los tribunales: el derecho aplicable *in casu* solo lo deciden ellos. Controla la justificación de sus decisiones.

6. La justificación de las decisiones judiciales es connatural al Estado de derecho. Es la fuente de legitimidad democrática de los tribunales. Solo en el Estado de derecho se considera que una decisión no está suficientemente justificada por el solo hecho de haber sido dictada por una autoridad competente (determinismo metodológico). Aquí, a la estabilidad formal de las decisiones debe agregársele la corrección racional de su justificación. Hay corrección racional cuando las decisiones son justificables por su universalidad, su coherencia y su consecuencia con los valores del sistema (MacCormick).[18] La decisión judicial está obligada a demostrar que la razón está objetivada en el derecho. Si este es un gobierno *sub lege*, la decisión judicial debe justificar que su voz viene del derecho (bueno o malo), no de la arbitrariedad.[19] Esta es la vía que el sistema jurídico da a los tribunales para que se posicionen a la par de los poderes ejecutivo y legislativo, con la sola autoridad de sus decisiones.

7. La justificación significa control democrático por dos razones. 1) Porque es la precondición de toda segunda instancia y de toda vía recursiva. Aquí los afectados accionan fundándose en la justificación de la decisión objetada. Piden que un órgano autorizado para enjuiciar los actos de otro se pronuncie al respecto. Se trata del sistema de frenos y contrapesos aplicado *intra organum* y promovido como contenido de una pretensión procesal. Constituye el derecho a obtener una sentencia fundada, que nace de la tutela judicial efectiva y del debido proceso (artículo 115 de la Constitución, STC 937/2006-RAC, 25 de septiembre, párrafo III.3.1,[20] y STC 1163/2006-RAC, 20 de

[18] Cf. Neil MacCormick: *Legal Reasoning and Legal Theory,* Nueva York: Clarendon Press, 1978).

[19] El siguiente es un ejemplo de un argumento (un *dictum* específicamente) que no viene del derecho: "[…] la emisión del Decreto Supremo 29836 tiene el principio de legalidad, por lo que los recurrentes no desconocen dicho principio, sino que, por tratarse de una coyuntura de la realidad social, solamente piden el tránsito de sus vehículos adquiridos en otros continentes o que se encuentran en tránsito al territorio nacional". "[…] cuando se observa colusión entre el derecho y la realidad social, debe aplicarse la justicia, que consiste en dar a cada cual lo que le corresponde, principio este que debe ser sustentado aplicando también el principio de favorabilidad, máxime si nos encontramos en un gobierno de los pobres, en un gobierno revolucionario" (CSD-LP, Resolución-AC Sala Civil Segunda n.º 8/09, 4 de febrero).

[20] "[…] cuando un juez omite la motivación de una resolución, no solo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el debido proceso […]." "[…] Esta exigencia de fundamentar las decisiones, se torna aún más relevante cuando el juez o tribunal debe resolver en apelación la impugnación de las resoluciones pronunciadas por las autoridades de primera instancia; […] es imprescindible que dichas resoluciones sean suficientemente motivadas y expongan con claridad las razones y fundamentos legales que las sustentan y que permitan concluir, que la determinación sobre la existencia del agravio sufrido fue el resultado de una correcta y objetiva valoración de las pruebas […]."

noviembre, párrafo III.2).[21] 2) Porque es la precondición para la creación judicial del derecho. Un precedente se afirma por la fuerza de su justificación. Y se lo cambia cuando la fuerza de otra justificación articula mejor en el sistema jurídico. Acá la justificación de las decisiones judiciales es una exigencia que viene del derecho a la igualdad ante la ley (artículos 8.II y 14.III) y de la garantía de seguridad jurídica (artículo 178.I).

8. El control democrático no es control social. El primero lo ejercen los individuos *ex parte*. El segundo lo ejerce la sociedad civil organizada (artículo 241.I). Y no es un control democrático. Es en sí mismo una contradicción. Se trata de ejercer la libertad de asociación a la fuerza. Todo intento de institucionalización de la sociedad civil la desnaturaliza como fuente de legitimidad democrática. Cuanta mayor institucionalidad se le brinde, menos sociedad civil es, y, por tanto, menos representación genuinamente civil. Al organizarla oficialmente se la asimila al aparato público y pasa a ser un poder político. Siempre que sea desde el Estado que se la organice, fortalecerla es debilitarla, y afirmarla, negarla.[22]

III

9. La eficacia del Estado de derecho depende de sus tribunales. La naturaleza autoritativa de sus decisiones les permite imponer el gobierno *sub lege* a los poderes públicos y a los civiles. A condición de que 1) sean independientes, especialmente del poder ejecutivo, 2) sus jueces sean independientes de los poderes públicos y de los órganos internos del gobierno judicial, 3) se rijan por el principio de unidad jurisdiccional, y 4) estén sometidos solo al derecho positivo del sistema jurídico.

10. La independencia del poder judicial significa que tiene 1) un gobierno propio y 2) un presupuesto autónomo. De lo primero se encarga el Consejo de la Magistratura (artículo 195). Lo segundo es una garantía de su paridad constitucional con los poderes ejecutivo y legislativo (artículo 178.II.1). Si el gobierno judicial no estuviese a cargo de un órgano propio de carácter administrativo, habría que encargárselo al

[21] "La motivación de los fallos judiciales está vinculada al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional eficaz, […], y se manifiesta como el derecho que tienen las partes de conocer las razones en que se funda la decisión del órgano jurisdiccional, de tal manera que sea posible a través de su análisis, constatar si la misma está fundada en derecho o por el contrario es fruto de una decisión arbitraria […]." "[…] se tendrá por satisfecha [la motivación] aún cuando estando redactadas de manera escueta, es decir breve pero concisa, permitan conocer de manera indubitable las razones que llevaron al juez a tomar la decisión en tal o cual sentido; de tal modo que las partes sepan los motivos en se fundó la resolución; y así, dada esa comprensión, puedan ser revisados los fundamentos a través de los medios impugnativos establecidos en el ordenamiento."

[22] Aquí tiene razón Sartori. "Para que el pueblo tenga poder (en serio), la condición irrenunciable es que el pueblo impida cualquier poder ilimitado. Esta condición debe ser mantenida intransigentemente, cualquiera que sea la maximización esperada para atribuir al pueblo más poder. En términos de *feedback monitoring*, esto quiere decir que el principio todo el poder al pueblo se debe transformar, poco a poco, en el principio todo el poder a ninguno" (Giovanni Sartori: *¿Qué es democracia?*, Madrid: Taurus, 2003, p. 80).

poder ejecutivo o habría que convertir a los tribunales en administradores. Las dos son opciones inaceptables. La primera porque hace al poder judicial dependiente del ejecutivo. La segunda porque desnaturaliza las funciones de los órganos de línea de la judicatura.

11. Los tribunales son independientes cuando su estatus jurídico los hace inmunes a las presiones del poder. El derecho angloamericano lo consigue haciéndolos inamovibles en sus cargos. En el sistema inglés es una garantía que en tiempos modernos viene de la Ley de Establecimiento (1701), la cual comisionaba a los jueces *quamdiu se bene gesserint* (en tanto se comporten bien). El sistema americano la tomó para sí y la introdujo en su Constitución (artículo III.1).[23] Los proyectos presentados a la Convención de Filadelfia (1787) por los estados de Virginia y de Nueva Jersey y por Hamilton ni siquiera innovaron el lenguaje. Y la moción de Dickinson de añadir "no obstante podrán ser removidos por el Ejecutivo por decisión del Senado y de la Cámara de Representantes" solo tuvo el favor de su propio voto,[24] a pesar de inspirarse en el antecedente inglés.[25] Los padres fundadores de la Unión vieron con claridad la relación entre la eficacia del Estado de derecho y el estatus jurídico de sus tribunales. "Esa adhesión uniforme e inflexible a los derechos de la Constitución y de los individuos, que comprendemos que es indispensable en los tribunales de justicia, manifiestamente no puede esperarse de jueces que estén en posesión de sus cargos en virtud de designaciones temporales. Los nombramientos periódicos, cualquiera que sea la forma como se regulen o la persona que los haga, resultarían fatales para esa imprescindible independencia" (Hamilton).[26] También lo vio Bolívar: "Durarán los magistrados y jueces tanto cuanto duraren sus buenos servicios" (artículo 100 de la Constitución de 1826). En las primeras reformas constitucionales (1831) este texto fue suprimido.

En el sistema continental la independencia de los jueces significa 1) que las causales para su remoción son cerradas (*numerus clausus*), 2) que están sujetos a un régimen de incompatibilidades y 3) que siguen una carrera judicial.

Lo primero no está en la Constitución. Respecto de los jueces de los altos tribunales (Supremo, Agroambiental y Constitucional), hay causales de remoción en el artículo 183.II, y en los artículos 188.III y 200 por remisión a aquel, y en el artículo 195.1. Los primeros disponen su cesación por sentencia ejecutoriada pronunciada en juicio de responsabilidades, y el artículo 195.1 por revocatoria popular de su mandato. Los jueces del Tribunal Constitucional quedan al margen de esta causal. 1) El Consejo de la

[23] "[…] Los jueces, tanto de la Corte Suprema como de los inferiores, continuarán en sus puestos mientras observen buena conducta y recibirán, en períodos fijos, una remuneración por sus servicios, que no será disminuida durante el tiempo de su cargo."

[24] James Madison: *Notes of Debates in the Federal Convention of 1787 reported by James Madison,* Nueva York, 1987, pp. 32, 120, 138, 536-537.

[25] El párrafo completo decía: "Que una vez entren en vigor las limitaciones previamente citadas, las comisiones de jueces se realizarán *quamdiu se bene gesserint*, y se determinarán y fijarán sus salarios. Ello no obstante, podrán ser legalmente removidos por decisión de ambas Cámaras del Parlamento".

[26] Alexander Hamilton, James Madison y John Jay: *The Federalist Papers,* Nueva York: Buccaneer Books, 1993, p. 335.

Magistratura no tiene competencia para promover la revocatoria en su contra. 2) Están cubiertos por la exclusión general del artículo 240.I, que exceptúa la revocatoria popular de los cargos del poder judicial. Pero ninguno de estos artículos cierra las causales de remoción. El artículo 183.II permite a la Asamblea Legislativa crear nuevas causales; y el artículo 195.1 la obliga a hacerlo, dándole competencia para determinar las faltas administrativas "gravísimas" que justifiquen convocar al electorado en una revocatoria. Como causal de remoción, la revocatoria popular expone injustificadamente a los jueces a las presiones de la opinión pública (párrafo 13). Su adopción es consecuencia del simplismo de creer que, para que tengan legitimidad democrática, los jueces de los altos tribunales deben tener origen popular (párrafo 6). Respecto de los jueces de los tribunales superiores y de los de instancia, la Constitución los deja expuestos a lo que disponga la Asamblea Legislativa para su remoción (artículo 195.2). Que la Asamblea Legislativa cree nuevas causales de remoción hace vana su regulación constitucional. Lo mismo pasó en las reformas constitucionales de 1961 (artículo 126),[27] y ya desde 1851 se arrastraba la misma debilidad, pero referida a las causales de suspensión (artículo 90).[28] Para que las causales de remoción fuesen cerradas debía volverse al pasado. Ya en 1843 la Constitución decía: "Ningún empleado del ramo judicial podrá ser depuesto de su destino, sea temporal o perpetuo, sino por sentencia ejecutoriada; ni suspenso, sino por auto en que se declare haber lugar a la formación de causa" (artículo 75). Ya respecto de esta la Constitución anterior conllevaba un retroceso, porque con su silencio encomendaba la regulación de las causales de suspensión a otro poder (artículo 116.VI).[29] Pero, respecto de ambas, la Constitución vigente es la más atrasada. En las otras la causal de remoción cubría a todos los jueces, al margen de su grado. En esta no cubre a ninguno. O por su silencio o porque lo encomienda expresamente, la remoción y suspensión de todos queda abierta a lo que disponga otro poder.

Lo segundo está en los artículos 236 y 239. El primero regla las prohibiciones para el ejercicio de la función pública y el segundo las causales de incompatibilidad. Ambos son aplicables a los jueces de los altos tribunales por remisión de los artículos 182.VII, 188.II y 201, y a todos los demás jueces por aplicación del artículo 233 (juzgar es una función pública). Acá el poder legislativo no tiene competencia. Los artículos 236 y 239 son cláusulas cerradas: todo lo que el sistema jurídico podía decir sobre el tema se agotó en su regulación constitucional. Y lo tercero está en el artículo 178.II.1, que hace a los jueces funcionarios públicos de carrera.

12. Hay unidad jurisdiccional cuando la justicia que emana del pueblo (artículo 178.I) solo la ejerce el órgano por él delegado. Dice de su monopolio por parte del Estado y de su encargo al poder judicial. Arraiga en la división de poderes. Viene de la prohibición de delegación de las competencias públicas (artículo 12.III). Está en la

[27] "[…] ningún magistrado o juez podrá ser destituido sino por sentencia ejecutoriada, a no ser en los casos determinados por ley."

[28] "Ningún magistrado o juez puede ser privado de su destino, sino por sentencia ejecutoriada, ni suspenso, sino conforme a las leyes."

[29] "[…] No podrán ser destituidos de sus funciones, sino previa sentencia ejecutoriada."

declaración de unicidad de la función judicial (artículo 179.I) y en la prohibición de tribunales de excepción (artículo 180.III, como derecho, artículo 120.I).

El poder judicial está formado por una pluralidad de órganos independientes entre sí (jueces y tribunales). Forman una unidad si sus decisiones son revisables, directa o indirectamente, por un único órgano supremo. En los sistemas que vienen del *common law*, la unidad la dan las cortes supremas. Aunque en los niveles inferiores la jurisdicción es especializada, la competencia de las cortes supremas no queda cercenada. El único alto tribunal son ellas. En los sistemas que evolucionaron de la Revolución Francesa, la unidad la dan los tribunales constitucionales. Acá no hay diferencia con los sistemas del *common law*: mientras que en la tradición romano-germánica la defensa de la constitución se encarga a un tribunal especializado, el mundo angloamericano la confía a sus cortes supremas. En ambos casos la unidad de la jurisdicción viene de la unidad de la norma fundacional del sistema jurídico. Solo puede venir de allí. Esa norma es la constitución. Y la unidad jurisdiccional es la representación funcional de su defensa. No hay decisión judicial que no pueda ser enjuiciada por violaciones constitucionales: todas están sujetas al imperio de la constitución. Y, por tanto, lo están a la competencia de su custodio: las decisiones de la jurisdicción ordinaria y de sus jurisdicciones especializadas, de la jurisdicción militar (artículo 180.III), de la jurisdicción agroambiental y de la jurisdicción indígena originario campesina[30] son todas enjuiciables por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

[30] "El derecho indígena originario campesino es una costumbre *secundum legem*. Existe como derecho porque la Constitución remite a él (artículos 30.II.14, 190.I y 191.I). Esto lo subordina a la Constitución y condiciona su validez a los términos de su remisión. Según estos términos, para ser válido debe (1) respetar los derechos y garantías constitucionales (artículo 190.II) y (2) debe limitarse a regular las materias de competencia de los subsistemas indígena originario campesinos. Hasta aquí llega el derecho de las naciones o pueblos indígena originario campesinos al ejercicio de su sistema jurídico de acuerdo a su cosmovisión (artículo 30.II.14). Este es su ámbito de validez material. Fuera de él se vuelve conducta ilícita." "[…] Esto significa que (1) las decisiones de la jurisdicción indígena originario-campesina son controvertibles en la jurisdicción constitucional. El límite de la obligación de "toda autoridad pública o persona [de acatar] las decisiones de [esta] jurisdicción" (artículo 192.I) son los derechos garantizados por la Constitución. De violárselos, la jurisdicción constitucional está autorizada a tutelarlos. (2) El ejercicio de la jurisdicción indígena originario-campesina puede ser contestado por las jurisdicciones ordinaria y agroambiental. Acá es el Tribunal Constitucional Plurinacional el que decide el asunto (artículo 202.11). Y (3) que si el asunto controvertido es la existencia misma de una práctica consuetudinaria (precondición para el ejercicio de la jurisdicción), esta deberá probarse. Por su propia naturaleza, la regla *iura novit curia* no es aplicable a la costumbre. Al estar formada por hechos, las reglas consuetudinarias son objeto de prueba. Esto garantiza que lo aplicado sea una costumbre válida como derecho. De otro modo no puede diferenciarse su existencia del alegato de la parte que la invoca. Así es en el derecho internacional. Acá la carencia de órganos productores centralizados hace que la costumbre tenga el protagonismo que otrora tuvo en el derecho interno. En el asunto de la *Delimitación de la frontera marítima en la región del golfo de Maine* (Canadá/Estados Unidos) (1984), la Corte Internacional de Justicia dijo: "[En] las reglas consuetudinarias la existencia de la *opinio iuris* de los Estados se prueba por vía de inducción, tomando como punto de partida el análisis de una práctica suficientemente amplia y convincente, y no por vía de deducción a partir de ideas concebidas *a priori*". También los derechos estatales exigen la prueba de la costumbre. Dice el Código Civil de España: "La costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada" (artículo 1.3)" (Horacio Andaluz: *Aplicación judicial de la constitución*, Santa Cruz: El País, Iuris Tantum y UPSA, 2010, pp. 63-64).

No hay antinomia entre la unidad jurisdiccional y 1) el arbitraje, 2) la función jurisdiccional de la administración (procedimientos y recursos administrativos) y 3) las decisiones de naturaleza judicial tomadas por órganos políticos (verbigracia, enjuiciamiento a los jueces de los altos tribunales, artículo 160.6 de la Constitución). Respecto a lo primero, porque la competencia de los árbitros no emana del pueblo. Actúan por mandato de la voluntad de las partes, que en ejercicio de su libertad general de actuación (artículo 14.IV de la Constitución) disponen (por derivación, artículo 56.I de la Constitución) de sus derechos, encargando la resolución de sus controversias a un tercero. Respecto a lo segundo, porque las decisiones tomadas en sede administrativa son enjuiciables por los tribunales. El administrado puede consentirlas o enjuiciarlas. Si se decide por lo primero, su consentimiento es en naturaleza jurídica un acto de disposición sobre sus derechos. Si se decide por lo segundo, la decisión que causa estado la toman los tribunales. Respecto a lo tercero, porque cuando dictan decisiones de naturaleza judicial los órganos políticos actúan, funcionalmente, como órganos judiciales. Y respecto de los tres en común, porque todo acto de aplicación del derecho está sujeto a las garantías constitucionales para el ejercicio de la jurisdicción y, por tanto, a la competencia del Tribunal Constitucional para su enjuiciamiento. Si no fuera así, estarían fuera del sistema jurídico.

13. El sometimiento de los tribunales al derecho positivo del sistema jurídico significa 1) que sus decisiones solo están justificadas si es que sus argumentos son jurídicos y 2) que están obligados por sus precedentes. Acá son ellos mismos los garantes de su independencia.

Lo primero hace de los jueces funcionarios independientes (esto es, vinculados solo al derecho positivo del sistema jurídico), aun cuando su fuente de origen sea electiva. Que un órgano sea electo por voto popular no significa que tenga poder de decisión política. La decisión política se justifica en los fines que persigue. La opción por una entre varias alternativas se apoya en los efectos previsibles de la decisión, con relación al fin que le sirve de fundamento. "La moral política se ocupa principalmente de crear las condiciones que propicien el desarrollo de gustos y temperamentos deseables".[31] Por definición, esto no ocurre con la judicatura. Aquí las decisiones solo pueden estar justificadas si es que sus argumentos son de derecho positivo (párrafo 6). En términos de la eficacia del sistema, sin embargo, la elección por voto popular de los jueces de los altos tribunales (artículos 182.I, 188.I y 198) puede devenir en contra del diseño institucional del poder judicial. Si del voto depende el nombramiento, granjearse la opinión favorable del elector es asunto decisivo. Con esto, la independencia judicial puede ceder ante la opinión pública, haciendo del sometimiento al derecho el sometimiento a las corrientes de opinión preponderantes.

Lo segundo abona a la confianza en el poder judicial. La precondición para que los tribunales sean verdaderamente inmunes a las presiones de poder es que existan con

[31] Joseph Raz: "On the Autonomy of Legal Reasoning", en *Ethics in the Public Domain,* Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 360.

la dignidad de un auténtico poder del Estado ante el ciudadano. Esto lo construye el carácter vinculante de sus decisiones. 1) La unidad de la jurisprudencia beneficia al ciudadano. Redunda en certeza y previsibilidad respecto de las decisiones de los poderes públicos, incluyendo las judiciales: "aun cuando los predecesores hubiesen sido malos, ignorantes, tontos o parcializados, la certeza de que sus sucesores seguirán sus precedentes da la base para que se pueda prever las acciones de los tribunales".[32] 2) Las garantías del ciudadano penden del supuesto de que el poder frene al poder. El derecho es en naturaleza un sistema de seguridad. El carácter vinculante de los precedentes trabaja a favor de esto. El decisor que basa sus acciones en normas anticipa el sentido de sus futuras decisiones. Esto satisface un principio general de consistencia, que hace a la esencia misma de la seguridad jurídica. Y 3) el tema envuelve la unidad del sistema jurídico. Al conllevar la realización de sus premisas conceptuales mismas, la unidad redunda en la eficacia del sistema. Y la premisa por excelencia de cualquier sistema normativo, incluso de uno totalitario, es que la sola existencia de normas de aplicación cierta ya supone limitar la arbitrariedad.

El carácter vinculante de los precedentes lo da la Constitución. 1) La Constitución es una norma dotada de contenido, y 2) parte de ese contenido es la igualdad de las personas ante la ley (artículos 8.II y 14.III) y la garantía de seguridad jurídica (artículo 178.I). 3) Esto significa que ante todos los hechos *A* el derecho debe ser *B* (*A* supone la identidad fáctica del supuesto y sus circunstancias y *B* las mismas consecuencias jurídicas). 4) En consecuencia, de la propia Constitución nace el respeto a los precedentes, en sus respectivas materias, del Tribunal Constitucional Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia y del Tribunal Agroambiental. 5) Al contrario, si ante los hechos *A* el derecho no fuera *B,* sino indistintamente *C, D* o *E,* entonces no habría igualdad ante la ley ni seguridad jurídica.

La obligatoriedad de los precedentes tiene el mismo fundamento en los sistemas del *common law* y en los que son herederos de la tradición continental. Si acá su carácter vinculante no es respetado, no es por razones de derecho positivo. Lo es por una suma de equívocos, y el error no engendra derecho. 1) La violencia de la Revolución Francesa llevó la división de poderes al equívoco de asumir que solo el cuerpo legislativo creaba derecho. Hasta tiempos prerrevolucionarios, los tribunales continentales actuaban de manera similar a los ingleses. Iban desarrollando un cuerpo de normas de creación judicial y su propia doctrina del precedente.[33] La Revolución los interrumpió. Reclamaba el monopolio en la producción jurídica para consolidar sus reformas por medio del derecho. Quería asegurarse el acompañamiento de los tribunales al proceso revolucionario juridizado por la Asamblea Nacional. La dramática separación conceptual entre creación y aplicación del derecho respondía a la necesidad ideológica de legitimación del poder público. La imagen de una autoridad que crea derecho pero no deriva su poder de la elección del pueblo soberano rompía con el simplismo con que

[32] Karl Llewellyn: *The Bramble Bush,* Nueva York: Oceana y Oxford University Press, reimp., 1961, p. 65.

[33] Cf. John Henry Merryman: *La tradición jurídica romano-canónica,* México: Fondo de Cultura Económica, 8.ª reimp., 2003, pp. 47-59, 72-80.

se asumió la división de poderes. 2) La ideología de la codificación, como producto del naturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII, creyó haber encontrado unas leyes universales llamadas a regir el comportamiento humano. Esto degeneró en la exageración de la importancia de los códigos, y del derecho de fuente legislativa en general, como si fueran los depositarios de todo el derecho. Y 3) como consecuencia de *1* y *2,* el predominio de la Escuela de la Exégesis dio el soporte filosófico para reducir a los tribunales a la pura aplicación mecánica del derecho. No podían participar en el proceso de creación normativa porque eso correspondía a las legislaturas (aserto 1). Y no tenían motivos para hacerlo. El alto grado de perfección de los códigos excluía la necesidad de su interpretación (aserto 2). Un discurso que sonaba coherente, pero que en verdad contraría la coherencia del sistema, arrebató a los tribunales su poder normativo.

IV

14. Hasta aquí la Constitución. Pero el derecho ordinario está fuera de ella: ha legislado para un poder judicial subordinado.

Ya en mayo de 2007 el poder ejecutivo dirigió contra el judicial el que fue, hasta ese momento, su embate más fuerte, por sus efectos. A raíz de la decisión del Tribunal Constitucional de cesar en sus funciones a cuatro ministros de la Corte Suprema, nombrados interinamente por el presidente de la República,[34] el ejecutivo inició un juicio de responsabilidades contra cuatro de los cinco magistrados del Tribunal.[35] El juicio terminó siendo archivado por la Cámara de Senadores. Pero, en tanto acción de hostigamiento, por igual concluyó en el alejamiento de los cuatro magistrados. Esto, sumado a la no designación por el Congreso de los nuevos magistrados, mantuvo al Tribunal en estado de inoperancia hasta el 2010. En términos de eficacia, durante ese tiempo Bolivia no tuvo Constitución. Luego, el 17 de febrero de 2010, el poder ejecutivo cubrió con interinos los cargos vacantes del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y el Consejo de la Judicatura (decreto supremo 432). El resultado: si el efecto propio de un interinato es la libertad de nombramiento y remoción del interno, el poder bajo autoridad interina depende del poder habilitado para disponer de él. Con esto, la efectiva independencia del poder judicial queda sujeta a la templanza del ejecutivo para no subordinarlo efectivamente. Todo lo contrario al sistema de frenos y contrapesos constitutivo de un gobierno de poderes limitados.

Como habilitación normativa, el Poder Ejecutivo se apoyaba en la Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público (ley 3), dictada días antes (13 de febrero de 2010). Ya aquí el poder legislativo había dispuesto 1) que el ejecutivo cubriría las vacancias dichas (artículo 3.2), 2) declarar transitorios

[34] Cf. STC 0018/2007-RDI (9 de mayo).

[35] El presidente de la República justificó el inicio del juicio diciendo: "algunas instituciones del Estado están por demás". Cf. ‹http://www.padep.org.bo/www/index.php?pg=actualidad/rnoticias/Anteriores/160507/›.

los cargos de los altos tribunales (Constitucional, Supremo y Agrario) y del Consejo de la Judicatura (artículo 3.1 original), lo que prontamente fue ampliado a todo el poder judicial, extendiéndose la declaratoria de transitoriedad a las cortes superiores de distrito y los juzgados (artículo 3.1 modificado por la ley 40), y 3) prorrogar la suplencia del fiscal general de la República (artículo 5.1). No obstante el argumento del tránsito hacia el nuevo orden constitucional, lo cierto es que el poder legislativo estaba normando inconstitucionalmente. 1) En cuanto a la prórroga del fiscal general, lo que le correspondía era designar al titular, que es competencia reservada al propio legislativo (artículo 161.8). 2) En cuanto a las vacancias de los altos tribunales y del Consejo de la Judicatura, lo que correspondía era poner en movimiento las propias disposiciones transitorias de la Constitución, conducentes a la designación por voto popular de sus titulares (disposiciones transitorias segunda y cuarta). La Constitución anterior permitía el nombramiento de interinos en caso de renuncia o muerte, competencia que correspondía al poder ejecutivo (artículo 96.16). Esta Constitución calla al respecto. El significado jurídico de su silencio es simple: si la Constitución no está habilitando con competencia a ningún órgano para designar interinos, entonces ningún órgano puede designarlos. De lo contrario, ya no sería un gobierno de poderes limitados, sino uno en el que arrogarse competencias que no nacen de la Constitución sería válido. Si esto fuera así, la Constitución saldría sobrando. Ni siquiera en un supuesto de estado de necesidad constitucional podría el poder ejecutivo designar interinos. Si los titulares de dichos cargos deben ser electos por voto popular de entre los preseleccionados por la Asamblea Legislativa (artículos 158.I.5, 182.I, 188.I, 194 y 198), sus interinos debieran ser nombrados por el órgano que ostenta la representación democrática más cercana a la del elector que elige a los titulares, y como tal elector es el pueblo soberano, tal órgano debiera ser el legislativo. 3) En cuanto a la declaratoria de transitoriedad de los cargos, respecto a los funcionarios afectados, la ley viola la regla de irretroactividad asumida por la Constitución (artículo 123), que les garantiza la permanencia en sus puestos hasta la finalización del período para el que fueron designados, aunque lo hubiesen sido conforme a la Constitución anterior. Y, respecto a lo que entraña como acto de desconocimiento del estatus jurídico que hace a los tribunales inmunes a las presiones del poder, por el solo dictado de la ley, la declaratoria de transitoriedad supone, desde ya, violar la independencia judicial (artículos 12.I y 178.I), aun cuando, luego, no hubiese una voluntad efectiva de dominación.

15. A esto deben sumarse otras dos disposiciones, que también son "indicio de situaciones críticas para la Constitución".[36] 1) El decreto supremo 138 (20 de mayo de 2009), que hizo a la ciudad de La Paz sede exclusiva para el juzgamiento de los delitos de terrorismo, sedición y alzamientos armados contra la seguridad y soberanía del Estado (artículo 2), a despecho, en lo formal, de la reserva de ley para la regulación

[36] Tomo, por su elocuencia, el párrafo de apertura del *El Tribunal del Reich como guardián de la Constitución* (1929): "La demanda de un protector, de un defensor de la constitución es, en la mayoría de los casos, indicio de situaciones críticas para la constitución" (Carl Schmitt: *La defensa de la Constitución*, Madrid: Tecnos, 2.ª ed., 1998, p. 27).

de los derechos (artículo 109.II de la Constitución), y, en lo material, del derecho al juez natural (artículos 115.II, 117.I y 120.I de la Constitución). 2) La Ley Marco de Autonomías y Descentralización (ley 31, de 19 de julio de 2010), que autoriza la suspensión de los titulares de los órganos ejecutivos y legislativos autónomos (departamentales y municipales) con la sola acusación formal en su contra (artículo 144), dictada por el fiscal asignado al caso.

16. La independencia judicial no solo ha sido mellada por la actuación de los otros poderes públicos. El daño viene también por mano propia, desde el poder judicial. Tal es el caso de decisiones que limitan objetivamente el ejercicio de los derechos, como el derecho al juez preconstituido por ley. Con decisiones que dejan al ciudadano administrado desamparado ante el ejercicio del poder, ningún tribunal puede sostenerse en términos de legitimidad democrática. Para que los tribunales sean verdaderamente inmunes a las presiones de poder, es precondición que existan con la dignidad de un auténtico poder del Estado ante el ciudadano. Pero el ciudadano no va a investirlos con tal dignidad si es que son ellos mismos los que, en vez de garantizar la eficacia del Estado de derecho, se la niegan.

V

17. El Tribunal Constitucional ha producido un nuevo precedente sobre el juez preconstituido por ley[37] (STC 99/2010-RAC, 10 de mayo, párrafos III.4 a III.7, luego aplicado en la STC 966/2010-RAC, 17 de agosto, párrafo III.3). Dice que a esta garantía le corresponde un "resguardo reforzado". Esto es correcto. Pero él mismo se desdice: su interpretación importa, al cabo, negar que esta sea una garantía de fuente constitucional, porque solo no siéndola se justifica que no la tutele, y como el Tribunal de hecho le ha esquivado la prestación de tutela, ha terminado diciendo, a pesar suyo, que no nace de la Constitución.

El juez preconstituido por ley (juez natural competente) es parte del contenido de la garantía general del debido proceso (artículos 115.II, 117.I y 120.I de la Constitución). Como tal, su regulación está reservada al poder legislativo (artículo 109.II). Jurídicamente, significa que 1) los juzgados y tribunales solo pueden ser creados por ley, 2) que, además, su composición personal solo puede ser determinada por una ley que establezca el procedimiento para la designación de sus miembros, 3) que

[37] Para el Tribunal Constitucional el juez natural incluye las garantías de competencia, independencia e imparcialidad (STC 491/2003-RAC, 15 de abril), de acuerdo a los artículos 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que son parte del bloque de normas constitucionales. Acá solo me refiero al juez natural competente. Uso la denominación de *juez preconstituido por ley* para evitar que mis críticas a los nuevos precedentes constitucionales sobre la competencia del juez natural sean equívocamente extendidas a los elementos de imparcialidad e independencia, a causa del error, entendible por compartir el mismo sustantivo, de confundir el género (juez natural) con la especie (competencia). Los textos entrecomillados corresponden a la STC 99/2010-RAC, 10 de mayo, párrafos III.4 a III.7.

solo una ley puede investirlos de jurisdicción y competencia (con anterioridad al hecho que motiva su actuación), y 4) que, en definitiva, quedan prohibidos los tribunales de excepción (artículos 120.I y 180.III). Por tanto, la violación de cualquiera de estos supuestos habilitaría al Tribunal para tutelar al afectado. Pero esto es lo que la nueva línea jurisprudencial acaba por impedir.

18. Reconstruido, así discurre el argumento del Tribunal: 1) La violación de cualquiera de los supuestos anteriores significa una actuación sin competencia. Cierto. 2) Los actos *ultra vires* (sin competencia) son materia "específica" del recurso directo de nulidad. Falso: no cuando violan un derecho fundamental. 3) Por tanto, este es el "mecanismo idóneo, inmediato, eficaz y específico para [la] protección" del juez preconstituido por ley. Falso. Y 4) si la vía es el recurso directo de nulidad, entonces, por exclusión, la acción de amparo constitucional no tutela esta garantía. Falso.

Se trata de una falacia de accidente (tratar lo accidental como esencial): considera que aquellas propiedades que accidentalmente se encuentran en una categoría conceptual definen su esencia (como inferir de Bach y Pachelbel, como compositores barrocos alemanes, que los compositores barrocos fueron siempre alemanes).

Aquí está el error. Se confunde la razón de la pretensión procesal de la acción de amparo (causa de pedir) con su objeto (el efecto que produce el procedimiento). Como en la acción de amparo contra un acto de juez incompetente y en el recurso directo de nulidad el objeto de la pretensión es el mismo (genéricamente, la declaratoria de incompetencia), el Tribunal asume que la razón de la pretensión de los dos procedimientos es también la misma. Pasa por alto que la coincidencia en el objeto es aquí un accidente. Lo que hace que la acción de amparo y el recurso directo de nulidad no sean lo mismo es, precisamente, la razón de sus respectivas pretensiones procesales. Esa es la esencia de cada cual.

En el recurso directo de nulidad la razón de la pretensión es la integridad objetiva de la distribución constitucional de competencias. La causa de la impugnación es la actuación *ultra vires*. Acá, el solo hecho de la falta de competencia asegura una decisión estimativa de la pretensión. La expresión de agravios que se exige al recurrente es tan solo un presupuesto procesal para la admisión del recurso. Al contrario: aun cuando no se viole un derecho constitucional, habrá decisión estimativa siempre que haya actuación sin competencia.

En la acción de amparo, en cambio, la razón de la pretensión es la tutela de los derechos constitucionales. Es una acción de defensa. Acá lo que importa no es si los derechos fueron lesionados por un acto sin competencia (*ultra vires*), sino, desnudamente, el hecho de que hayan sido lesionados. La expresión de agravios es aquí a la vez un presupuesto procesal y un presupuesto sustantivo para la obtención de una decisión estimativa de la pretensión. Sin daño a un derecho constitucional, no hay decisión estimativa. Ergo, si el juez preconstituido por ley es una garantía constitucional, entonces cualquier lesión a esta garantía debe remediarse por la acción de amparo, sea que haya o no sido causada por una actuación sin competencia. Negar esto ya es bastante error: equivale a decir que el juez natural competente no es una garantía

constitucional, porque lo que no es defendible por la acción de amparo no es un derecho constitucional.

19. Pero no es el único. El Tribunal también ha confundido dos presupuestos procesales distintivos de ambos procedimientos, equiparando el del recurso directo de nulidad con el de la acción de amparo, sin reparar en que el recurso directo de nulidad es, por definición, directo.

Según el Tribunal, para la procedencia del recurso directo de nulidad "se deben agotar previamente los mecanismos internos efectivos para la restitución de la garantía de competencia". Esto se llama subsidiaridad, y es un presupuesto para la procedencia de la acción de amparo. El recurso directo de nulidad, en cambio, desde que es tal (directo), no supone el agotamiento de ninguna vía procesal previa, habida cuenta de que solo procede ante la falta de previsión de vías por parte del sistema jurídico. De haber una vía que remedie la cuestión de competencia, esta excluye la procedencia del recurso. Lo que, llevado al juez preconstituido por ley, significaría que la jurisdicción constitucional jamás podría tutelarlo, porque de hecho todas las leyes de procedimiento consideran mecanismos excluyentes del recurso directo de nulidad (esto es, excepción de incompetencia, inhibitoria, declinatoria).

Si a consecuencia de la falacia de accidente resulta que el juez preconstituido por ley no es tutelable en vía de amparo, a consecuencia de desplazarlo hacia el recurso directo de nulidad, resulta que ni siquiera sería de origen constitucional, porque solo lo que no nace de la Constitución no puede ser conocido por el Tribunal Constitucional, de donde el "resguardo reforzado" enunciado por el Tribunal termina desguarneciendo a una garantía fundamental de tutela constitucional.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, PP 361-382, ISSN 1510-4974

Jesús M. Casal (Venezuela)*

¿De la Constitución nominal a la Constitución fachada? Reflexiones a partir de la evolución constitucional venezolana

RESUMEN

Distintas categorías conceptuales han sido empleadas para explicar procesos de alejamiento de la dinámica política respecto de la Constitución o de franco desmontaje de la constitucionalidad. Algunas de ellas son examinadas en este trabajo y se aplican a la situación político-institucional venezolana. Ello a partir del contraste entre las constituciones que Loewenstein denomina *nominales* y las que Sartori califica como *constituciones fachada,* lo cual permite comparar la Constitución venezolana de 1961 con la de 1999. Al desentrañar la significación constitucional de la evolución político-institucional analizada se identifican tendencias, discursos o modelos ideológicos riesgosos para la democracia y el Estado de derecho.

Palabras clave: Constitución política, Constitución nominal, Constitución normativa, desconstitucionalización, democracia, Venezuela.

ZUSAMENFASSUNG

Für die Erklärung von Prozessen zunehmender Abkehr der politischen Dynamik von einer Verfassung bzw. der direkten Aushebelung der verfassungsmäbigen Ordnung gibt es unterschiedliche Ansätze. In dieser Arbeit sollen einige näher untersucht und auf die politisch-institutionelle Lage in Venezuela angewendet werden. Dabei werden diejenigen Verfassungen, die Loewenstein als *nominell* einstuft, solchen gegenübergestellt, die Sartori als *Pseudoverfassungen* bezeichnet, was einen Vergleich der venezolanischen Verfassungen von 1961 und 1999 ermöglicht. Die Betrachtung der Bedeutung der untersuchten politisch-institutionellen Entwicklung für die Verfassung ermöglicht die Herausarbeitung von Tendenzen, Diskursen und ideologischen Modellen, die ein Risiko für die Demokratie und den Rechtsstaat darstellen.

Schlagwörter: Verfassung, nominelle Verfassung, normative Verfassung, Ablösung von der Verfassung, Demokratie, Venezuela.

---

* Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas). Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Constitucional y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. ‹jcasal@ucab.edu.ve›

ABSTRACT

Different conceptual categories have been used to explain processes in which the political dynamics diverge from the Constitution or the constitutional order is openly dismantled. This paper examines some of those categories and applies them to the political and institutional situation in Venezuela. The contrast between the constitutions Loewenstein calls *nominal* and the ones Sartori labels as *facade constitutions* enables a comparison between the Venezuelan Constitutions of 1961 and 1999. When we unravel the constitutional significance of this political and institutional evolution we observe trends, discourse or ideological models that imply risks for democracy and the rule of law.

Keywords: political Constitutional, nominal constitution, normative constitution, deconstitutionalization, democracy, Venezuela.

1. Introducción

Entre las clasificaciones más difundidas de la Constitución se encuentra la de Karl Loewenstein, cuya peculiaridad estriba en su carácter ontológico, que según el autor consiste en que el criterio de distinción que le sirve de base es el de "la concordancia de las normas constitucionales con la realidad del proceso del poder".[1] Pudiera, pues, pensarse que dicha clasificación está referida solamente a la eficacia de la Constitución, lo cual como veremos no es del todo exacto, pero en todo caso en ella tiene un peso relevante la vigencia social de las normas constitucionales. Una de las tres categorías examinadas por el autor es la de las Constituciones nominales, caracterizadas por la existencia de un significativo alejamiento entre la normatividad constitucional y la dinámica política. El reputado politólogo Giovanni Sartori, que al estudiar el concepto de Constitución afirma seguir la clasificación de Loewenstein, introduce en ella no solo matizaciones "en los términos",[2] sino también en la sustancia. La principal radica en la distinta comprensión del tipo de Constitución que el segundo llama *nominal* y el primero denomina *Pseudoconstitución* o *Constitución-fachada.* Aquella es una Constitución poco eficaz que aspira al cumplimiento; esta no pretende ser cumplida.

A partir de esta diferencia de enfoque, algo velada pero relevante entre los citados autores, se intentará identificar la impronta de la Constitución venezolana de 1999, estableciendo algunas comparaciones con la Constitución de 1961. La hipótesis de partida es que hemos pasado de una Constitución nominal, en el sentido de Loewenstein, a una Constitución fachada, en la acepción de Sartori, y se pondrá de manifiesto que la Constitución de 1999 está siendo infiltrada y desplazada por un sistema ideológico incompatible con ella, hasta el punto de privarla en gran medida de utilidad incluso estética para los titulares del poder. Esto nos llevará a intentar explicar con apoyo en la teoría de la Constitución lo que está sucediendo en el país en el orden político-institucional.

---

[1] Karl Loewenstein: *Teoría de la Constitución*, Barcelona: Ariel, 1976, p. 217.
[2] Giovanni Sartori: *Elementos de teoría política*, Madrid: Alianza, 1992, p. 21.

2. Las Constituciones nominales y las Constituciones fachada

Como ya se dijo, Loewenstein define su clasificación de las Constituciones como ontológica, lo cual para él significa que se toma en cuenta no el contenido o esencia de las Constituciones sino su concordancia con la realidad política. Sin embargo, lo cierto es que su clasificación presupone la convergencia de un criterio material o de contenido. La distinción entre los tres tipos de Constitución que explica, la normativa, la nominal y la semántica, no podría entenderse sin considerar el contenido de la Constitución. La Constitución normativa, que Sartori denomina garantista, es aquella que se cumple y tiene vigencia efectiva, siempre que se corresponda con los principios del constitucionalismo, lo cual se deduce de su contaste con la Constitución semántica, que también es plenamente aplicada pero, a diferencia de la primera, no va dirigida a limitar a los gobernantes sino a formalizar la "situación del poder político en beneficio exclusivo de los detentadores del poder fácticos".[3]

Con base en esa combinación de criterios de contenido y de eficacia que tal clasificación supone, se diría que son Constituciones nominales las que no han llegado a alcanzar niveles aceptables de cumplimiento, pese a avenirse en su texto con el *telos* o idea esencial de la Constitución escrita. Estamos ante esta clase de Constituciones, en palabras de Loewenstein, cuando la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas. Esta discordancia se explicaría, añade, porque las condiciones sociales y económicas reinantes en un tiempo determinado lo impiden. No se trata de que la Constitución haya sido concebida para fingir una realidad no existente, sino de que aquella está bastante alejada de esta, a causa tal vez de ilusiones o decisiones prematuras del constituyente. Subsiste, sin embargo, la aspiración a que la dinámica del poder llegue a ajustarse a lo establecido constitucionalmente, por lo que el autor atribuye a estas Constituciones una función educativa, en la medida en que dibujan un modelo político que debe ser alcanzado. El símil empleado por Loewenstein es conocido e ilustrativo: se espera que el traje colgado en el armario sea más tarde utilizado cuando el cuerpo nacional haya crecido.[4]

En cambio, la Constitución nominal de Sartori, que él llama *Pseudoconstitución* o *Constitución fachada*, para reservar aquel término a las Constituciones que Loewenstein denomina *semánticas*, se distinguen porque en verdad son "constituciones-trampa". Su condición de letra muerta, de Constituciones que no son observadas, al menos, precisa el autor, "en lo que respecta a sus características garantistas fundamentales", termina convirtiéndolas en engañosas; de ahí la alusión de este autor a una Pseudoconstitución, no a una Cuasiconstitución, como pudiera sostenerse desde una perspectiva como la de Loewenstein. Por dicho carácter engañoso Sartori rechaza que estas Constituciones puedan ser educativas.[5]

Ambos autores tienen algo de razón en su explicación del tipo de Constitución objeto de análisis. El motivo de la discrepancia radica en la clase de desajuste entre

[3] Loewenstein: o. cit., p. 218.
[4] Ibídem.
[5] Sartori: o. cit., p. 22.

la norma y la realidad en la cual enfocan la mirada. Loewenstein tiene presentes las situaciones en las que ciertas limitaciones del contexto económico o sociocultural no permiten que se despliegue completamente la fuerza normativa de una Constitución, y menciona como ejemplos a varios países latinoamericanos que han dado progresos innegables hacia una Constitución normativa.[6] En cambio, Sartori tiene en mente, en especial, las circunstancias en las que no hay sinceridad en el reconocimiento de las pautas que han de orientar el ejercicio del poder. Por eso asevera que: "Una constitución puede contener afirmaciones de intención, de 'aspiración'; pero si estas aspiraciones se afirman para engañar y son sistemáticamente violadas, se me escapa qué educación puede derivarse de estas".[7] El énfasis puesto en la finalidad perseguida es demostrativo de la naturaleza del proceso político en el que se está pensando. La Pseudoconstitución es, pues, una simple fachada, no solo porque no es un reflejo fiel de la dinámica política efectiva, sino porque deliberadamente va destinada a ocultar la verdad o identidad de ese proceso.

Hechas estas aclaraciones es posible captar la diferencia existente en el pensamiento de estos autores en relación con el punto señalado. Una cosa es que haya una discordancia entre la norma constitucional y la realidad asociada a barreras culturales o económicas que dificulten el cumplimiento de una Constitución que se pretende realizar, y otra muy distinta es que la Constitución no sea observada porque desde las altas esferas de poder no se quiere que ello ocurra. Si aludimos a la evolución constitucional venezolana hallaremos que la Constitución fachada ha tenido en suelo patrio terreno fértil. Basta con mencionar a las Constituciones de la elipsis de poder de Antonio Guzmán Blanco o al ciclo dictatorial de Juan Vicente Gómez para ilustrarlo. En la segunda mitad del siglo XX irrumpe otra Constitución de igual signo, la perezjimenista de 1953. Una rápida ojeada a esta Carta Magna, con la dinámica política de esos años como trasfondo, hace palmario su talante engañoso y permite concluir que nunca hubo una intención auténtica de asegurar su supremacía. Constituciones nominales en el sentido de Loewenstein hemos tenido varias, como la de 1811 en el siglo XIX y la de 1947 en el siglo XX. Algunas han cabalgado entre una y otra categoría, como la de 1830. En relación con las Constituciones de 1961 y la de 1999, su ubicación en uno u otro tipo requiere mayor análisis.

3. La Constitución de 1961

Tras la caída de la dictadura en 1958, se inició en Venezuela un proceso democrático que prometía sentar condiciones favorables para la efectiva vigencia de una Constitución basada en la división de poderes y en la garantía de los derechos humanos. En parte así ocurrió, pero hubo serios obstáculos para la realización de esos derroteros. No sería pertinente hacer aquí un examen global sobre la eficacia de esa Constitución, pero sí

[6] Loewenstein: o. cit., p. 220.
[7] Sartori: o. cit., p. 22.

es posible traer a colación algunos episodios de la evolución institucional venezolana posteriores a la promulgación de la Constitución de 1961, así como aludir a grandes tendencias que permiten caracterizarla con arreglo a la clasificación arriba comentada.

La Constitución de 1961 evidentemente fue en su contenido un instrumento democrático puesto al servicio de los derechos inherentes al ser humano, para cuya protección se aseguraba la división de los poderes. Sin embargo, el proceso político impulsado desde 1958 estuvo centrado, en una primera etapa, en el afianzamiento de la democracia formal que tanto tiempo y sacrificios había costado recuperar, bajo un talante integrador que dejara atrás el sectarismo político y la radicalización que habían facilitado la intervención militar de 1948.[8] Se consideró esencial asegurar el respeto por las principales fuerzas políticas de los resultados de las elecciones de diciembre de 1958 e incluso el compromiso compartido de defender "las autoridades constitucionales" electas frente a cualquier intentona golpista. Además, mediante el acuerdo de instaurar un gobierno de unidad nacional y de adoptar un programa mínimo común se aspiraba alcanzar, con el apoyo de los distintos sectores sociales, "una constitucionalidad estable que tenga en sus bases la sinceridad política, el equilibrio democrático, la honestidad administrativa y la norma institucional que son la esencia de la voluntad patriótica del pueblo venezolano".[9]

La gestación de la Constitución de 1961 estuvo, pues, animada por estos propósitos, y su observancia, una vez que fue promulgada, estaba orientada sobre todo a garantizar la permanencia en el poder del gobierno y de los representantes libremente elegidos, así como la posibilidad de una alternancia en su ejercicio ceñida a las reglas democráticas. Esta lucha por la consolidación de la democracia formal dominó la escena institucional en los primeros años de vigencia de la Constitución. El afán por proteger la democracia de amenazas ciertas provenientes del mundo militar quedó reflejado en el acta de nacimiento de la nueva Constitución, que vio la luz junto a un decreto de suspensión de varias garantías individuales, lo cual empañó un acontecimiento de enorme trascendencia para nuestro desarrollo institucional. Ello representaría una primera señal del carácter nominal que en parte terminaría asumiendo la Constitución de 1961, la cual estuvo aunada a la restricción de las garantías económicas, que se prolongaría hasta 1991.[10]

En el contexto de las medidas impuestas por el gobierno de Rómulo Betancourt para enfrentar acciones insurreccionales y violentas atribuidas a partidos de izquierda, la Constitución sufrió otro serio embate, cuando varios senadores y diputados del Partido Comunista y del Movimiento de Izquierda Revolucionaria fueron arrestados y sometidos a procedimiento penal sin que antes se hubiese cumplido con los pasos previstos en la Constitución para el enjuiciamiento de un parlamentario: el antejuicio de mérito y el allanamiento de la inmunidad; además, el enjuiciamiento fue encomendado

---

[8] Véase Allan Brewer-Carías: *Historia constitucional de Venezuela*, tomo II, Caracas: Alfa, 2008, pp. 20 ss.

[9] *Pacto de Punto Fijo*, del 31 de octubre de 1958.

[10] Véase Jesús M. Casal: *Dictadura constitucional y libertades públicas*, Caracas: EJV, 1993, pp. 129 ss.

a los tribunales militares. Este proceder lesionó gravemente la Constitución[11] y confirma la idea de que la prioridad política de entonces era la estabilización democrática, entendida esta en un sentido incompleto, pues no abarcó, al menos en aquella coyuntura, el respeto a las garantías jurídico-institucionales que necesariamente debían respaldar la actuación de la oposición. Ante ese objetivo considerado primordial, quedó en un segundo plano la entera eficacia del texto constitucional.

Una vez lograda la estabilización democrática durante el periodo presidencial de Raúl Leoni, y sobre todo después de darse por primera vez la alternancia política en virtud de la victoria electoral de Rafael Caldera en 1968, cabía esperar avances sustanciales en el reconocimiento y el despliegue de la fuerza normativa de la Constitución, lo cual no ocurrió. Aludiremos a una muestra del letargo en el que en buena medida continuó la normatividad constitucional: la falta de operatividad del amparo constitucional. Ésta obedeció principalmente a la resistencia de la Corte Suprema de Justicia, manifestada a comienzos de la década de los setenta, a que la institución llamada a ofrecer la más amplia tutela de los derechos constitucionales, el proceso de amparo, pudiera activarse por vía jurisprudencial, más allá del restringido ámbito en el cual era admisible el amparo de la libertad personal o hábeas corpus, como habían intentado hacerlo algunos jueces de la República.[12] En aquellos años tuvo acogida en la jurisprudencial del máximo tribunal la tesis de las normas programáticas, en relación con normas protectoras de derechos, cuya vigencia efectiva quedaba suspendida hasta que interviniera el legislador, lo cual atentaba contra la supremacía constitucional. Este mismo criterio fue utilizado para cerrar el camino al amparo constitucional, previsto en el artículo 49 de la Constitución pero carente de desarrollo legislativo.

No sería sino hasta 1983 cuando la Corte Suprema de Justicia rectificaría y reconocería la operatividad de los derechos y garantías constitucionales aun a falta de ley, con lo cual se abrieron las puertas al desenvolvimiento jurisprudencial del amparo, que nuevamente estaba siendo reclamado por los jueces de instancia.[13] Esta decisión judicial representó un cambio significativo en la voluntad de asumir la fuerza normativa de la Constitución, por cuanto quedaba superada la fase en la que el empeño en controlar desde la cúspide del poder judicial eventuales desarrollos interpretativos autónomos de los tribunales del país bloqueaba el acceso al amparo como herramienta vigorosa ante excesos de los órganos del poder público, al igual que la tesis de la existencia de normas programáticas dentro del catálogo constitucional de derechos y garantías, que supeditaba la vigencia real de una parte de la Constitución a la determinación de uno de los poderes constituidos. El creciente uso del amparo que siguió a ese pronunciamiento generó complicaciones procesales concernientes a la forma de relacionar este instrumento con el resto del ordenamiento procesal, pero tuvo el efecto positivo de

---

[11] Véase Hermann Petzold Pernía: "Constitución, inmunidad parlamentaria y delito militar", en *Estudios sobre la Constitución (Libro homenaje a Rafael Caldera),* tomo III, Caracas: UCV, 1979, pp. 1873 ss.

[12] Cf. Esteban Agudo Freytes: *Estado actual de la acción de amparo en Venezuela*, Caracas: Poseidón, 1979.

[13] Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 20 de octubre de 1983, caso *Andrés Velázquez*.

propiciar la invocación de los derechos fundamentales en todos los estrados judiciales y de favorecer un razonamiento y una estrategia jurídica apoyada en ellos que repercutiría en la formación, en el lenguaje y en la mentalidad de los juristas.

La explosión del amparo despertó el interés por el derecho constitucional y, en particular, por esta faceta de la Constitución que estaba siendo reconocida y que trascendía de la reflexión o de la discusión política para penetrar en el foro y en la dinámica judicial. Por esta vía también se incorporaron aportes doctrinarios provenientes de otros ordenamientos jurídicos, y son dignas de mención contribuciones procedentes del derecho español, el cual se hallaba en una fase de descubrimiento de la fuerza normativa de la Constitución que ofrecía múltiples puntos de referencia para el derecho venezolano. En la misma dirección apuntó la ratificación por Venezuela de los principales tratados internacionales sobre derechos humanos.

El retraso en la aceptación de todas las implicaciones normativas de la Constitución había hecho posible la pervivencia de zonas del ordenamiento jurídico en las que continuaron en vigor reglas que eran reflejo de una concepción autoritaria sobre las relaciones entre el poder y la libertad, no cónsona con el espíritu democrático y el compromiso con los derechos fundamentales de la Constitución de 1961. Ejemplo de ello era la legislación imperante en materia de arrestos administrativos o detenciones policiales. Se permitían las sanciones administrativas privativas de la libertad, previstas en códigos de policía, así como detenciones policiales prolongadas sin orden judicial enmarcadas en el procedimiento penal, y se aplicó una ley preconstitucional en la que se autorizaba la privación administrativa de libertad de los individuos que fuesen considerados vagos o maleantes, con base en criterios de peligrosidad predelictual.

Hubo que esperar a 1997 para que la Corte Suprema de Justicia, 12 años después de la interposición del recurso de nulidad por inconstitucionalidad contra la Ley sobre Vagos y Maleantes, se dispusiera a revisar con rigor la compatibilidad de esta última con la Constitución.[14] La declaratoria de la inconstitucionalidad de la Ley sobre Vagos y Maleantes marcó un hito en la evolución de la jurisprudencia relativa a los derechos constitucionales, pues se tradujo en la expulsión del ordenamiento de esta ley autoritaria y sentó las bases teóricas para la revisión de otras medidas administrativas similares. Además, consolidó una corriente doctrinal y jurisprudencial que propugnaba la constitucionalización de los derechos humanos y el reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados correspondientes, en cuyo respaldo se invocaba el artículo 50 de la Constitución, que contemplaba la protección de derechos inherentes a la persona no previstos en el texto constitucional, entre los cuales debían encontrarse los derechos consagrados en instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Esta tendencia cristalizaría en la Constitución de 1999.

La debilidad constitucional del sistema instaurado se hizo visible igualmente durante la suspensión de garantías implantada a raíz de los acontecimientos del 27 y 28 de febrero de 1989, que pretendió cohonestar graves violaciones a los derechos humanos. El equívoco en que incurrieron muchos jueces al declarar inadmisibles los hábeas

[14] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, del 6 de noviembre de 1997.

corpus interpuestos a favor de quienes se decían víctimas de detenciones arbitrarias hizo aun mayor el desamparo de la ciudadanía y era a la vez un síntoma de la escasa autonomía jurisdiccional, lo cual nos conduce a la mención de otra prueba de la limitada normatividad de la Constitución de 1961.[15]

La vitalización de la Constitución que la operatividad del amparo constitucional estimuló cargaba con una rémora que dificultaba la plena expansión de la orientación garantista: la incipiente y no por todos procurada independencia del Poder Judicial. La Constitución de 1961 proclamaba la autonomía de los jueces y preveía un poder judicial independiente, lo cual iba respaldado por el mandato de instaurar la carrera judicial y de asegurar la estabilidad de los jueces. Adicionalmente, se creó el Consejo de la Judicatura, como instancia autónoma encargada del gobierno y la administración del poder judicial, lo que comprendía la organización de la selección y el ingreso de los jueces, así como su nombramiento y, eventualmente, su remoción por las causales legalmente fijadas. El Consejo de la Judicatura estaba llamado a asumir funciones que en parte anteriormente ostentaba el Ejecutivo nacional. Su funcionamiento no fue posible sino hasta 1969, cuando fue dictada la Ley Orgánica del Poder Judicial que reguló su conformación y atribuciones. Desde entonces fue advertido el riesgo de politización de la justicia que implicaría su creación, dado el papel que se otorgaba al Congreso de la República y a los partidos políticos allí representados en la designación de sus miembros. Pero el origen del mal no estuvo tanto en este procedimiento sino en la actitud que adoptaron los órganos del Estado que debían tener presencia en ese cuerpo, lo cual abrió las puertas al control partidista del Consejo de la Judicatura y, por esta vía, del entero poder judicial.[16]

Con todo, desde comienzos de los años noventa era apreciable la voluntad de asumir enteramente el valor normativo de la Constitución. Se reconoció jurisprudencialmente la competencia de la Corte Suprema de Justicia para controlar la constitucionalidad de la declaratoria de suspensión o restricción de garantías; se dictaron sentencias relevantes en materia de derechos humanos, como la ya comentada referida a la Ley sobre Vagos y Maleantes, y se protegió judicialmente el derecho a la participación política en la formación de las leyes, en defensa de los pueblos o comunidades indígenas, entre otros aportes. Ello estuvo precedido de un desarrollo doctrinal y jurisprudencial encomiable en el ámbito del contencioso administrativo, y estuvo acompañado de reflexiones y programas para la reforma de la administración de justicia. En el plano de la reforma político-institucional, sobresale el trabajo de la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado y los pasos que se dieron en la dirección de la descentralización del poder, mediante la elección popular de los gobernadores y alcaldes y la transferencia de ciertas competencias a los estados.[17] Podrían ser mencionados otros avances,

---

[15] Véase Jesús M. Casal: "Los estados de excepción en la Nueva Constitución", en *La Constitución de 1999*, Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2000, pp. 129 ss.

[16] Véase Jesús M. Casal: "La administración de justicia y la independencia judicial", en *Boletín de Derechos Humanos*, Caracas: Centro de Estudios de Derechos Humanos, UCV, 2009, pp. 37 ss.

[17] Véase Carlos Ayala y Jesús M. Casal: "La evolución político-institucional de Venezuela 1975-2005", en *Estudios Constitucionales*, año 6, n.º 2, 2008, pp. 455 ss.

pero los citados bastan para mostrar un movimiento institucional que, con marchas y contramarchas y a menudo contracorriente, intentaba abrirse camino en aras de la vigencia efectiva de la Carta Fundamental de 1961.

Aunque luzca paradójico, esa "voluntad de Constitución" era un fruto tardío, pues en el entorno político-institucional habían arraigado vicios que obstaculizaban seriamente la eficacia de la Constitución y que no podían ser desmontados fácilmente. Se requería de una firmeza en los programas y de una apertura al cambio, incluido el relevo generacional, que no encontraron terreno abonado. El desafío de la inclusión, entre otros, asumido en una primera fase del ciclo pero que se hallaba periclitado, debía ser retomado con más fuerza. Así, el intento de despegue de la plena normatividad de la Constitución de 1961 se producía justo cuando la plataforma institucional de sustento estaba descompuesta y no hubo la magnanimidad necesaria para una reforma política de nueva planta.

Pero los esfuerzos por acelerar la marcha de la realización constitucional permiten sostener que en la década de los noventa se estaba produciendo una evolución de una Constitución nominal a una Constitución normativa, que resultó frustrada. Al menos esa era la dirección observable desde muchos puntos de vista, aunque la Constitución de 1961 y la conciencia jurídica de sus guardianes no lograron superar la prueba de fuego que representó la iniciativa presidencial para el referendo sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, en 1999.

4. La Constitución de 1999

4.1. Constitución nominal y Constitución fachada

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se gestó en esos momentos en los que el valor de la normatividad constitucional estaba en ascenso, pero no encontró tierra fértil para germinar. No faltan razones para pensar que la dificultad estribó no solo en el contexto político adverso, sino también en la escasa sinceridad de muchos de los propósitos plasmados en ella. Ambos factores se entrecruzaron. No todo fue cálculo frío acerca de la conveniencia de elaborar una norma aceptable para determinados sectores proclives al cambio institucional y social pero leales al constitucionalismo democrático, con el objeto de ganar tiempo para llevar a cabo, desde el poder, una transformación radical. Seguramente confluyeron las aspiraciones de grupos realmente identificados con los principios finalmente consagrados en la Constitución de 1999 o con muchos de ellos, junto a las de quienes solo vieron en esa Constitución un paso táctico que permitiera captar adeptos dentro del propio orden político establecido (democracia constitucional), con el objeto de perforarlo y socavarlo gradualmente hasta que se dieran las condiciones apropiadas para reemplazarlo de manera abierta o formal. Hasta es posible que en un comienzo no hubiera en muchos actores una definición clara sobre el alcance y por lo tanto los límites de las transformaciones impulsadas.

En todo caso, al margen de esta mirada retrospectiva, lo cierto es que dicha Constitución resultó fatalmente herida desde su nacimiento y quedó así anclada a una creciente nominalidad. Por algún tiempo podía estimarse que la Constitución no gozaba de suficiente observancia por lo reciente del cambio constitucional y por la necesidad de poner en marcha la nueva institucionalidad, con lo cual la Constitución adoptó incipientemente los perfiles de una Constitución nominal. Sin embargo, el distanciamiento de la dinámica política respecto de los parámetros constitucionales llegó a hacerse tan marcado y deliberado que el texto constitucional se deslizó hacia una Constitución fachada. En ello tuvo una especial importancia la manera en que fue concebido y aplicado el régimen de transición entre el orden constitucional anterior y el emergente. Este proceso de vaciamiento de la sustancia de la Constitución, o de desconstitucionalización, no ha concluido y ahora avanza hacia la construcción de un nuevo orden, en el que aquella está dejando de ser útil incluso a efectos puramente decorativos.

No podemos detenernos en el examen del proceso constituyente de 1999, el cual ha determinado en buena medida el devenir de los acontecimientos institucionales en Venezuela. Entre otras razones en virtud del tratamiento que recibió la transición entre la Constitución que estaba presenciando su ocaso y la que avizoraba la aurora, a lo cual sí nos referiremos. Así como ocurrió con la de 1961, cuando paralelamente a su promulgación se decretaba la suspensión de varias garantías constitucionales, la Constitución de 1999 fue lanzada al mar con el lastre, mucho más pesado, del régimen de transición del poder público. Ciertamente, antes de promulgar la Constitución la Asamblea Nacional Constituyente procedió a dictar el Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público,[18] mediante el cual se designó a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y a los titulares de los órganos del Poder Ciudadano (fiscal general de la República, contralor general de la República y defensor del Pueblo).

Con base en dicho régimen de transición del poder público se motorizó el socavamiento de la independencia judicial constitucionalmente reconocida.[19] Tal erosión de la independencia judicial vulneró la Constitución en un aspecto que le resulta medular, pues en un Estado de derecho la vigencia de los derechos humanos y la preservación de los equilibrios institucionales dependen, principalmente, de la existencia de garantías judiciales efectivas, lo cual presupone la independencia del órgano decisor. Este déficit de la observancia de la Constitución de 1999 basta para calificarla inicialmente como nominal y luego como simple fachada, una vez que el dominio sobre los tribunales y demás instancias de control fue asumido deliberada y francamente como un objetivo político-ideológico, que pretende ser ocultado bajo el ropaje de la proclamación constitucional de la independencia y autonomía. Una evidencia de la ausencia de adhesión al principio de la independencia judicial quedó plasmada para la historia en el Proyecto de Reforma Constitucional del 2007 (artículo 265), en el que se preveía que los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia podían ser removidos, en caso de falta grave y previo pronunciamiento del Poder Ciudadano —bajo las

[18] Cf. la *Gaceta Oficial* n.º 36.859, del 29 de diciembre de 1999.
[19] Véase Casal: "La administración…", o. cit., pp. 37 ss.

causales genéricamente contempladas en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia—, por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional, con lo cual se pretendía suprimir la mayoría calificada que a estos efectos exige la Constitución de 1999, dándose así una señal concluyente de la voluntad de seguir subordinando los jueces a la política.

Lo dicho no significa que la Constitución de 1999 haya permanecido completamente en la nominalidad, ya que pueden citarse políticas estatales que han procurado desarrollarla, a veces con éxito, pero el signo preponderante ha sido el manejo a conveniencia de las disposiciones constitucionales. En algunos ámbitos es posible para el gobierno exhibir ciertos logros en la ejecución de políticas sociales, mas es discutible que estas hayan sido concebidas y que puedan ser presentadas como una forma de cumplimiento de la Constitución, dada la frecuente ausencia de universalidad de que adolecen, el tratamiento discrecional que distingue su aplicación y su resistencia a controles judiciales autónomos.

4.2. De la Constitución fachada a la implantación de un sistema ideológico alternativo

4.2.1. La Constitución fachada

Desde 1999 se socavaron las bases de la democracia constitucional, formalmente proclamada, lo que implicó esencialmente la neutralización y luego el sometimiento de los controles y equilibrios institucionales y la progresiva negación del pluralismo político. La conquista de la institucionalidad, puesta al servicio de una fracción política y de una ideología, allanaba el camino para avanzar en el proceso revolucionario. La Constitución seguía siendo útil como factor de legitimación del ejercicio del poder y como muestra de una regulación del poder público y de los derechos humanos acorde con la de las mejores democracias e incluso modélica en algunos aspectos. Ella permitía ocultar las intenciones últimas del proyecto chavista y servía de mascarón de proa que restaba ímpetu a las visiones que advertían sobre el régimen autoritario, con vocación totalitaria, que estaba echando raíces. Esa fue la hora de la Constitución fachada. El auge de esta etapa fue el conflicto institucional que se suscitó con motivo de la iniciativa popular para la convocatoria de un referendo revocatorio del mandato del presidente de la República, la cual quedó sujeta, en virtud de decisiones del Consejo Nacional Electoral y de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a una verdadera carrera de obstáculos y terminó sirviendo para el levantamiento de un censo de los opositores al gobierno, ampliamente difundido a través de la llamada lista Tascón.

El uso de la Constitución como simple instrumento formal de legitimación tiene sus límites y pronto empezó a translucirse el personalismo autoritario oculto tras el manto constitucional, especialmente cuando la falta de independencia del poder judicial se hizo notoria y el Tribunal Supremo de Justicia se decantaba cada vez más como un actor progubernamental. La ampliación del número de magistrados prevista

en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y su efectivo aumento, con criterios eminentemente partidistas, en diciembre de 2004, era signo palmario de esta evolución.

La Constitución pervivió como fachada pero se esperaba el momento propicio para soltar amarras respecto de ese orden constitucional de valores, y la victoria electoral de Hugo Chávez en los comicios presidenciales de diciembre del 2006 lo proporcionó. Al conocerse los resultados electorales, Chávez declaró que el pueblo había votado por el socialismo bolivariano y días después aludió en acto público al Proyecto Nacional Simón Bolívar, aún no presentado formalmente pero definido en sus líneas esenciales, el cual conduciría a la implantación del socialismo; hizo énfasis en la necesidad de una ley habilitante y anunció su intención de proponer ante la Asamblea Nacional una serie de reformas a la Constitución.[20] Ello fue ratificado en su discurso de toma de posesión del 10 de enero de 2007. Allí señaló que entonces terminaba "un periodo de transición" y comenzaba una "nueva era". Una de sus notas distintivas sería, junto con la nueva geometría del poder, "la explosión creadora revolucionaria del poder comunal".[21] El modo en que Chávez entendió y proclamó esta victoria electoral marca pues un cierto punto de inflexión, aunque la verdad es que el distanciamiento con el diseño constitucional de 1999 y con la propia normatividad constitucional fue previo y gradual, como lo fue la concepción colectivista propugnada. Dicho acontecimiento propició por tanto un cambio no en la esencia ni en la naturaleza del proceso, sino en la intensidad o velocidad de las reformas y en la franqueza con que se apartarían de la Constitución.

La solicitud de otorgar al presidente de la República una ley habilitante fue satisfecha de manera expedita y por el prolongado plazo de un año y medio. No sería esta la primera ley habilitante conferida al presidente Chávez, pero había en su concesión algunas notas distintivas. Una tiene que ver con la singular generalidad y extensión temporal de la habilitación, pero otra, que merece ser subrayada, se refiere al contexto político-institucional. A diferencia de las leyes habilitantes dictadas en abril de 1999,[22] durante la vigencia de la Constitución de 1961, y en noviembre de 2000,[23] estando ya en vigor la nueva Carta, la ley de comienzos del 2007[24] la emitió un parlamento que estaba integrado en su totalidad por las fuerzas del chavismo. Estas fuerzas tenían mayoría cuando fue sancionada la ley habilitante del año 2000, pero entonces también hacían vida en la Asamblea Nacional partidos políticos de oposición que podían representar un obstáculo para la rápida aprobación de algunas leyes, lo cual tenía un innegable soporte democrático pero no se avenía con el talante gubernamental. De ahí que el paso dado en el año 2007 sea una clara señal de la determinación de impulsar un proyecto ideológico, el llamado Socialismo del siglo XXI, aun a costa de principios fundamentales de la Constitución.

---

[20] ‹http://www.aporrea.org/ideologia/n88913.html›.

[21] ‹http://vulcano.wordpress.com/2007/01/11/discurso-de-hugo-chavez-en-su-toma-de-posesion›.

[22] Cf. *Gaceta Oficial,* n.º 36.687, de 26 de abril de 1999.

[23] Cf. *Gaceta Oficial,* n.º 37.077, de 14 de noviembre de 2000.

[24] Cf. *Gaceta Oficial*, n.º 38.617, del 1 de febrero de 2007.

Lo mismo cabe decir del Proyecto Nacional Simón Bolívar, formalizado después en el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación (2007-2013), Primer Plan Socialista, presentado por el presidente en septiembre de 2007, el cual es incompatible en muchos aspectos con la Constitución y sería aprobado por la Asamblea Nacional el 13 de diciembre de 2007, justo después del rechazo popular de la reforma constitucional.

Así, pues, no debe extrañar que el presidente haya querido, por un lado, sincerar el devenir jurídico-institucional promoviendo una reforma constitucional que adecuara la norma suprema a una dinámica política en desarrollo y, por otro lado, establecer nuevos mecanismos que motorizaran la transformación revolucionaria. La Constitución de 1999 no solamente no reflejaba la realidad del funcionamiento del poder público, sino que no se correspondía ya, si es que alguna vez lo hizo, con las aspiraciones de los detentadores del poder. Aquella Constitución era, a los ojos de sus principales promotores, expresión de un proyecto transaccional insuficiente, reformista o tibio, que ni siquiera desde un punto de vista simbólico podía ser conservado. Menos aún teniendo en cuenta la reiterada invocación de esa Constitución por la oposición y otros sectores sociales, frente a medidas oficiales estimadas, con buenas razones, abusivas e inconstitucionales. También pesó, por consiguiente, el propósito de restar legitimidad constitucional al discurso de la oposición, la cual, de aprobarse la reforma constitucional, no solo habría perdido respaldo para su crítica a la implementación de ciertas decisiones oficiales sino que habría quedado sometida a las horcas caudinas representadas por la constitucionalización del socialismo. Asimismo, el chavismo quería reconciliarse con el factor de legitimación derivado del cumplimiento de una Constitución, al tiempo que recortaba garantías que había estimado importantes cuando no había llegado al poder.

4.2.2. La propuesta de reforma constitucional del 2007 y su rechazo mediante referendo: la acentuada desconstitucionalización

El Proyecto de Reforma Constitucional presentado por el presidente a la Asamblea Nacional en agosto de 2007 y su ampliación y sanción por la Asamblea Nacional significaban la instauración de un Estado centralizado en lo político-territorial y monocolor en lo ideológico, que, sin embargo, en el plano retórico no abandonaba totalmente la idea formal del derecho y de la supremacía constitucional, ello porque se quería seguir obteniendo la utilidad derivada de la subordinación de la Constitución a un proyecto político.

No será posible entrar en los pormenores del Proyecto. Baste con recordar que los dos grandes propósitos del Proyecto de Reforma, de acuerdo con el discurso pronunciado por el presidente de la República ante la Asamblea Nacional con motivo de su presentación, estribaban en la extensión de la revolución al campo de la sociedad (1), y en la profundización del socialismo en lo político y económico-social (2).[25] Según

[25] Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información: *Presentación del Proyecto de Reforma Constitucional ante la Asamblea Nacional por parte del Comandante Hugo*

el discurso presidencial, la revolución ya habría incursionado con éxito en el ámbito político, al haber liberado a la sociedad política de sus ataduras tradicionales respecto de los factores económicos de poder (la burguesía u oligarquía), y ahora era necesaria la liberación de la propia sociedad civil, mediante la construcción de "una nueva sociedad, con un nuevo Estado como correlato".[26]

Esta finalidad del Proyecto no era perceptible a primera vista en su articulado, el cual en buena medida estaba orientado a introducir modificaciones en reglas concernientes a la organización de los poderes públicos, pero esta faceta de la propuesta tiene especial relevancia. La nueva geometría del poder, que pretendía reemplazar a la actual división político-territorial, se apoyaba en dos nociones esencialmente sociales o sociológicas, como lo son la de ciudad y la de comuna; las comunas serían las "células sociales del territorio", integradas por las comunidades, las cuales a su vez representarían el "núcleo territorial básico e indivisible del Estado Socialista Venezolano" (artículo 16). Las comunidades, las comunas y las ciudades eran igualmente, dentro de la propuesta, los conceptos a partir de los cuales se levantaría la noción de Poder Popular (artículo 136), y en los que se afincarían los consejos comunales y otros consejos del Poder Popular, los cuales serían expresión de un derecho a la participación política que se quería condicionar a la construcción del socialismo (artículo 70). La promoción, organización y registro de estos consejos sería competencia del Poder Nacional (artículo 156, num. 35). De esta forma, la organización territorial se hubiera convertido, por mandato constitucional, en una vía de penetración ideológica en las bases sociales, destinada, de manera algo velada pero indubitable, a la transformación social que correspondería a esta segunda etapa de la revolución. Una prueba de ello era el artículo 168 del Proyecto, según el cual a escala local se debía promover "la participación ciudadana a través de los Consejos del Poder Popular y de los medios de producción socialista".

El intento de profundizar en el socialismo abarcaba varios sectores del quehacer humano. La organización territorial se apoyaba en la idea del Estado Socialista (artículos 16 y 168); la participación política estaba supeditada a la construcción del socialismo (artículo 70), al igual que la participación protagónica del pueblo (artículo 158), y se adoptaba un modelo de economía socialista (artículo 112 y disposición transitoria novena).

Estos dos grandes propósitos, a los cuales hay que sumar la reelección presidencial indefinida (o continua), eran reiterados en el documento ampliamente difundido como la exposición de motivos del proyecto, que introducía una perspectiva temporal y de gradualidad en el análisis. Según la exposición de motivos, el proyecto de reforma era solo un instrumento para acelerar la transición al socialismo, que llevaría muchos años e implicaría la adopción de medidas adicionales, respaldadas en la Reforma, la cual podría ir acompañada de ajustes constitucionales ulteriores. Dicha transición presupondría un cambio de mentalidad y de valores, previsiblemente precedida de una

---

Chávez, presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Palacio Federal Legislativo, 15 de agosto de 2007, pp. 40-44 y 76 ss.

[26] Ibídem, p. 43.

ruptura generacional. La ampliación del horizonte temporal de la Presidencia de la República era considerada una pieza clave del proceso.[27]

Lo expuesto pone ya de relieve el alcance de la reforma constitucional proyectada, la cual poseía un enorme calado, que claramente sobrepasaba los límites de una simple reforma a la Constitución (artículo 342 CRBV). La sola estimación del peso que el socialismo tiene dentro del proyecto basta para ilustrar tal extralimitación. El socialismo pasaría a ser el gran principio fundamental del orden constitucional naciente, el cual repercutiría seriamente en el título I de la Constitución, cuyos preceptos no son susceptibles de modificación o afectación por la vía de una reforma constitucional. Por lo pronto, el pluralismo democrático (artículo 2 CRBV) se hubiera visto menoscabado, así como la descentralización inherente al carácter federal del Estado (artículos 4 y 6 CRBV).

Cabe sostener que algunos de los cambios propuestos, particularmente los que incidían en el pluralismo democrático, no podrían haber sido incorporados a la Constitución ni siquiera mediante una Asamblea Nacional Constituyente, por atentar contra la propia noción de poder constituyente (democrático), pero es evidente que el uso del procedimiento de la reforma para transformar el sistema político, económico y social, en la medida en que pretendía hacerlo el proyecto, era una forma subrepticia o fraudulenta, pero innegable, de violar los límites fijados a los poderes constituidos para introducir modificaciones en la Carta Magna. Conviene recordar que la participación final del pueblo, mediante referendo, en los procedimientos de enmienda o de reforma no equivale a una expresión del poder constituyente originario, sino que representa una forma de control político del pueblo sobre la actuación de los poderes constituidos.

El rechazo popular del proyecto de reforma sancionado colocó a sus promotores en una encrucijada: respetar integralmente el resultado del referendo, lo que suponía dejar de lado las propuestas contenidas en el proyecto de reforma que entraran en contradicción con las disposiciones de la Constitución de 1999, al menos hasta que constitucionalmente fuera posible replantear la reforma rechazada; o seguir adelante con ellas pero por vías subrepticias.

Lo primero era lo exigido por la Constitución, pero se situaba a contracorriente del proceso de vaciamiento de la normatividad constitucional que hasta ese momento se había llevado a cabo. El fracaso del proyecto de reforma en el referendo del 2 de diciembre del 2007 representaba ciertamente un obstáculo singular para la insistencia en sus contenidos, dado que al impedimento de tipo normativo (artículo 345 de la Constitución) se sumaba otro asociado a la voluntad expresada por el pueblo en ejercicio de la soberanía, cuyo desconocimiento implicaba para el chavismo cruzar una frontera que hasta entonces no había sobrepasado, al menos abiertamente: la democracia electoral. Sin embargo, la fuerza normativa de la Constitución de 1999 era ya tan escasa como estrecha fue la diferencia entre los votantes partidarios y los opuestos a la reforma, a lo que se añadía la elevada abstención, sobre todo en las filas del chavismo, ante lo cual Chávez decidió seguir adelante, quemando las pocas naves aún flotantes de

[27] ‹http://www.analitica.com/media/9949568.pdf›.

la conexión, así fuera formal, con la constitucionalidad y dando una señal de su disposición a ignorar un resultado electoral que pusiera seriamente en riesgo la revolución.

En favor de esta segunda opción militó seguramente una apreciación política que, junto a lo ya señalado, consideraba al referendo sobre la reforma constitucional como una contienda de cuyo desenlace podía depender la aceleración de la revolución, nunca su abandono, moderación o paralización. Esta valoración política probablemente también alcanzaba a la Constitución: antes del referendo sobre la reforma no había una normatividad constitucional efectiva y el rechazo popular de la reforma no iba a resucitar una Constitución ya desahuciada. Desde la perspectiva del gobierno nada había cambiado tras el 2 de diciembre de 2007, simplemente se había perdido la oportunidad de catapultar el proceso en marcha. De esta forma, la derrota de la propuesta de reforma constitucional implicaba, aunque luzca paradójico, terminar de sepultar la Constitución de 1999 y la idea misma de Constitución como límite al poder.

Desde entonces hasta hoy son muchos los acontecimientos que ponen de manifiesto el proceso de desconstitucionalización que está siendo adelantado, entre los cuales sobresalen la sanción de una ley habilitante completamente genérica y de excesiva duración (equiparable a una ley de plenos poderes), así como la promulgación de decretos-leyes tendientes a implantar aspectos de la reforma rechazada contrarios a la Constitución de 1999. Así, mediante decretos-leyes, o leyes promulgadas tras el vencimiento de la habilitación legislativa, e incluso mediante reglamentos se han adoptado decisiones como la creación de milicias ajenas a los componentes de la Fuerza Armada Nacional, directamente dependientes del presidente de la República; la ideologización de la Fuerza Armada Nacional; la recentralización de competencias atribuidas constitucionalmente a los Estados y la disminución de su participación en los ingresos nacionales; la sustitución del concepto constitucional de descentralización por el de un supuesto apoderamiento comunal, puesto en entredicho por la falta de autonomía de las correspondientes organizaciones comunales; la ampliación del control estatal sobre el sector agroalimentario y de la intervención del Estado en la economía; la autorización de ocupaciones previas de empresas o bienes por tiempo indeterminado y sin orden judicial; el reconocimiento del poder popular y de su preponderancia o exclusividad dentro de las instancias de participación ciudadana constitucionalmente establecidas; la sacralización mediante ley del socialismo, en detrimento del pluralismo político; la reducción de la autonomía del Banco Central de Venezuela y la previsión de facultades presidenciales para el uso de reservas excedentarias; la aprobación de un Plan de Desarrollo Económico y Social definido como socialista; el sobredimensionamiento de la planificación, bajo un esquema de centralización; y la relegación de la propiedad privada a una posición marginal dentro del modelo económico-político en ciernes; entre otros.[28] Estas disposiciones normativas han estado asociadas a medidas

[28] En relación con estas normas inscritas en las mismas orientaciones de la reforma constitucional rechazada y en sí mismas contrarias a la Constitución de 1999 véase, entre otros, Allan Brewer-Carías: *Reforma constitucional y fraude constitucional. Venezuela 1999-2009*, Caracas: EJV, 2009, pp. 161 ss.; José Ignacio Hernández: *Reflexiones sobre la Constitución y el modelo socioeconómico en Venezuela,* Caracas: FUNEDA, 2008, pp. 321 ss.

administrativas, comunicacionales y de otra índole que han ido abriendo camino al tipo de Estado que se quiere construir.

4.2.3. La infiltración patológica y el desplazamiento de la Constitución de 1999: ¿qué está pasando en términos constitucionales?

La experiencia venezolana de los últimos años se suma a la de las naciones que han sufrido el desmantelamiento de la institucionalidad democrática merced a su socavamiento por los supremos detentadores del poder. Se trata de episodios trágicos para las democracias, en los que un liderazgo catapultado por el apoyo popular alcanza espacios de poder desde los cuales las estructuras constitucionales, particularmente las instancias de control, son primero neutralizadas y luego puestas al servicio del orden político naciente. Desde el interior del orden político de la democracia constitucional se impulsa, pues, su socavamiento y adulteración, por medio no de su abierta negación sino de su reorientación o relectura, en la cual la legitimación política electoral y los objetivos sociales invocados por las autoridades pretenden justificar la remoción de las garantías jurídicas efectivas, de los equilibrios políticos y de la idea misma de limitación del poder por el derecho.

La técnica que caracteriza estos procesos es la de la infiltración en las estructuras constitucionales de contenidos patológicos que en un primer momento adormecen la institucionalidad y la capacidad de reacción de las propias fuerzas sociales para luego, o paralelamente, proceder a ocuparla, a atarla irremisiblemente y a convertirla finalmente en un actor clave de la dominación política. No es nuestra intención ahondar en el análisis politológico de este proceso. Sí interesa aproximarnos a la caracterización de la actual dinámica político-institucional venezolana desde la teoría constitucional.

Desde distintas ópticas han sido examinados los fenómenos de alejamiento de la realidad respecto de la normativa constitucional. Aquí conviene distinguir dos grandes grupos o constelaciones conceptuales. A un primer grupo pertenecen categorías como la del quebrantamiento de la Constitución o las mutaciones constitucionales. El quebrantamiento de la Constitución presupone una infracción de algún precepto constitucional en una situación concreta, a título excepcional o singular, manteniéndose la fuerza normativa del precepto frente a todos los demás supuestos.[29] La mutación implica una alteración constitucional que se produce sin modificar el texto de la Constitución. Las mutaciones pueden estar en contradicción o en conformidad con el texto constitucional, aceptándose por lo general solo estas últimas.[30] En relación con el

[29] Cf. Carl Schmitt: *Teoría de la Constitución*, México: Editora Nacional, 1981, p. 116.

[30] Cf. Klaus Stern: *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 334 ss.; Loewenstein: o. cit., pp. 164 ss.; Manuel García-Pelayo: *Derecho constitucional comparado*, Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2002, pp. 137 ss.; Pedro De Vega: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid: Tecnos, 1985, pp. 179 ss.

quebrantamiento de la Constitución también se ha afirmado que puede ser compatible con la Constitución, lo cual es muy discutible.[31]

Estas y otras categorías afines, en las que no sería pertinente ahondar, tienen un elemento en común: no presuponen una voluntad o un accionar político dirigido a abandonar la Constitución en vigor. Pueden ser episodios aislados o, si se trata de mutaciones, de transformaciones asociadas a la dialéctica permanente entre la normatividad y la realidad constitucional, entre la estática y la dinámica constitucional. También es posible que ambos fenómenos se inscriban en un proceso de erosión general de la Constitución, pero esto es algo que no se desprende de tales categorías.

Una situación de mayor gravedad desde la perspectiva de la inobservancia de la Constitución, cuya licitud en ningún caso puede admitirse, existe, en cambio, cuando se produce un divorcio o ruptura con la Constitución vigente, al prescindirse de ella deliberadamente y en amplia medida en la actuación efectiva de los poderes públicos o al adulterarse su esencia en procesos de revisión constitucional. Salen ahora a relucir categorías como la perversión de la Constitución, la desconstitucionalización y el fraude constitucional.[32] Las dos últimas requieren de aclaraciones para aplicarlas a una situación como la esbozada. Así, la primera a veces es empleada con una acepción neutral desde el punto de vista de su licitud, para referirse a la sustracción de una materia de la Constitución, para trasladarla al plano legislativo, y no siempre en relación con circunstancias de desconocimiento general de la Constitución, y la segunda frecuentemente es utilizada solo frente al poder de reforma de la Constitución. No obstante, la primera pone el acento en la idea de vaciamiento de la Constitución, y la segunda también ha sido empleada doctrinalmente ante serios contextos de socavamiento o manipulación de la institucionalidad constitucionalmente establecida, como sucedió en la Italia de Mussolini o en la Alemania de Hitler.[33] Este es en todo caso el sentido con el cual estas dos categorías sirven para explicar el proceso político que se está desarrollando en el país.

Por su parte, el concepto de perversión de la Constitución explica bastante bien nuestra realidad institucional. Como observaría Loewenstein, ella ocurre cuando:

> La constitución escrita es usada conscientemente para camuflar regímenes autoritarios y totalitarios. En muchos casos, la constitución escrita no es más

---

[31] Schmitt, o. cit., pp. 116-117. Al sostenerlo Schmitt está pensando en los supuestos de los estados o poderes de excepción y de las reformas constitucionales aprobadas para dejar de lado alguna consecuencia que se derivaría de la regulación constitucional general (por ejemplo, la finalización del mandato de un parlamento o del periodo de un presidente cuando se los prorroga mediante reforma constitucional). Sin embargo, en ambos casos es la propia Constitución la que prevé los poderes de crisis o la posibilidad de su reforma, por lo que no luce apropiado, al menos en principio, hablar de un quebrantamiento de la Constitución.

[32] En relación con la perversión de la Constitución, cf. Loewenstein: o. cit., pp. 213 ss.; en lo concerniente al fraude constitucional, cf. De Vega: o. cit., pp. 291 ss., y Luis Sánchez Agesta: *Principios de teoría política*, Madrid: Editora Nacional, 1970, pp. 341 ss.; en cuanto a la desconstitucionalización, cf. Néstor P. Sagüés: "El concepto de desconstitucionalización", en *Revista de Derecho,* Universidad Católica del Uruguay, n.º 2, 2007, pp. 181 ss.

[33] Cf. Sánchez Agesta: o. cit., pp. 341 ss.

> que un cómodo disfraz para la instalación de una concentración del poder en las manos de un detentador único. La constitución ha quedado privada de su intrínseco *telos:* institucionalizar la distribución del ejercicio del poder político […] la distribución del poder político entre distintos detentadores del poder con el fin de limitar su poder absoluto, se ha transformado en el efecto contrario.[34]

La Venezuela de hoy no sufre simples mutaciones o quebrantamientos constitucionales, aunque también están ocurriendo. Se halla más bien inmersa en un torrente de pretensiones revolucionarias que ha procurado y conseguido el desmantelamiento de la institucionalidad de la democracia y del Estado de derecho contemplada en la Constitución. Nos encontramos mucho más allá de un simple desajuste entre la normatividad y la normalidad constitucional atribuible al natural devenir histórico, a la evolución de la sociedad o de la conciencia colectiva, o a pequeñas desviaciones en el funcionamiento de ciertos organismos públicos. Duele constatar que la Constitución deliberadamente ha sido privada de fuerza normativa y ha sido degradada a la condición de arma política en la lucha por la permanencia en el poder. Su alta dignidad de norma suprema del ordenamiento que garantiza los derechos humanos y que, para lograrlo, limita a los gobernantes, ha sido utilizada para proyectar un modelo autoritario que viola o pone en riesgo estos derechos.

La desconstitucionalización en marcha está abriendo camino a un orden de valores contrario a la Constitución de 1999 y en buena medida a la idea misma de Constitución. Ese orden ideológico se justifica a sí mismo y solo admite límites desde la propia política, no desde el derecho. Al respecto cabe sostener que no estamos propiamente ante el levantamiento de una Constitución alternativa o paralela, en el sentido normativo del concepto de Constitución, sino más exactamente ante la supresión o el puro uso instrumental de la Constitución y del derecho, con lo cual la vorágine política supuestamente revolucionaria aspira a desplegarse sin cortapisas heterónomas.

Existe sin embargo un cierto orden ideológico reconocible que está guiando la actuación de las autoridades, al margen de la Constitución, cuyos rasgos fundamentales están recogidos en el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013 y han quedado reflejados en el Proyecto de Reforma Constitucional del 2007 y luego en instrumentos normativos ya aprobados o en elaboración. Dicho Plan preconiza, en lo político, la "Democracia Protagónica Revolucionaria"[35] y, en lo económico, el "Modelo Productivo Socialista".[36] Apunta también hacia lo que actualmente se está perfilando como el Estado socialista comunal, concepto este que integra los componentes básicos del orden político que se está imponiendo: el modelo productivo, la organización territorial, y el poder popular como fuente alternativa de legitimación política.

La principal idea directiva del Estado socialista comunal estriba en la imbricación establecida entre esos tres elementos, junto con otro que no se hace visible en la

---

[34] Ibídem, p. 214.

[35] *Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013. Proyecto Nacional Simón Bolívar. Primer Plan Socialista,* pp. 14 ss.

[36] Ibídem, pp. 20 ss.

fórmula. La legitimación política se procura desde las comunidades, fundamentalmente mediante la conformación de los consejos comunales y la elección de sus voceros en asamblea de ciudadanos, lo cual realza la importancia de ese nivel de organización, que desemboca en la comuna, definida como "espacio socialista",[37] que es fundamental dentro de la nueva "geopolítica nacional"[38] o geometría del poder. Al mismo tiempo, este nivel comunitario de participación política está asociado al modelo productivo socialista, a través de las empresas de producción social o de la propiedad social, la cual está llamada a absorber todos los medios de producción[39] o al menos los estratégicos y básicos.[40] El cuarto elemento del régimen político-económico en curso, que la fórmula del Estado socialista comunal o de la Democracia Protagónica Revolucionaria pretende ocultar, teniendo ella en este sentido algo de fachada, es el dominio por el poder central, en cabeza del presidente de la República, de todo el engranaje del circuito de legitimación que agrupa al poder popular, al nivel territorial comunitario y a la economía socialista.[41] La microcefalia político-territorial, que tiende a debilitar a los estados y municipios, se traduce así en una macrocefalia presidencial.

Dicho Estado socialista comunal no es compatible con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, porque ella postula al pluralismo político como principio fundamental (artículo 2), lo cual se contrapone al intento de hacer política y jurídicamente vinculante una determinada visión de las relaciones entre la persona y el Estado, entre la iniciativa privada o empresarial y la intervención estatal, más aún si se tiene en cuenta que según esa visión lo individual es degradado a una posición subalterna. La Constitución consagra un Estado social (artículo 2), por lo que no serían admisibles políticas puramente liberales que supriman o minimicen la protección social para los más débiles o abandonen los programas destinados a procurar una igualdad de oportunidades en medio de una sociedad en la que el punto de partida es tan dispar en distintos órdenes. Pero también ampara la libertad económica y la iniciativa privada en este campo (artículos 112 y 299). Los agentes económicos privados no son un cuerpo extraño dentro del sistema socioeconómico de la Constitución ni un mal necesario aceptable en una fase de transición hacia el estatismo o colectivismo. Son más bien actores fundamentales e imprescindibles de ese sistema constitucional, el cual dibuja un marco jurídico relativamente elástico que se sostiene sobre la propiedad privada y la libertad económica, como bases de la actuación de los particulares en ese ámbito, por un lado, y sobre el control o eventualmente la intervención directa del Estado, por otro lado (artículo 299).

Adicionalmente, la irrupción del poder popular a través principalmente de las asambleas de ciudadanos y de los consejos comunales está discurriendo en buena

---

[37] Artículo 3 del Reglamento de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno, publicado en *Gaceta Oficial* n.º 39.382, del 9 de marzo de 2010.

[38] *Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013. Proyecto Nacional Simón Bolívar. Primer Plan Socialista,* p. 27.

[39] Ibídem, p. 9.

[40] Artículo 3 del Reglamento de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno.

[41] A estos efectos es bastante ilustrativa la Ley Orgánica de los Consejos Comunales, publicada en la *Gaceta Oficial* n.º 39.335, del 28 de diciembre de 2009.

medida al margen de los cauces constitucionales. De entrada se suscita una contradicción con la Constitución, desde la óptica del pluralismo político, cuando la ley subordina la actividad de los consejos comunales a la construcción del socialismo.[42] A ello se suma el menoscabo del federalismo como forma de organización político-territorial del Estado venezolano (artículos 4, 6, 157 y 158 de la Constitución). Los consejos comunales no son simples formas asociativas privadas, sino figuras híbridas que tienen algo de eso pero que al mismo tiempo fungen como instancias de gobierno local, cuando reciben recursos originalmente destinados a los estados y municipios para atender, en conexión con el Ejecutivo nacional, intereses o necesidades que con frecuencia se solapan con el ámbito de ejercicio de las competencias de esas entidades político-territoriales. Ello implica un desplazamiento de poder desde esas entidades autónomas político-territoriales hacia espacios comunales ligados al Ejecutivo Nacional por medio del Ministerio del Poder Popular para las Comunas y Protección Social. La génesis democrática de las autoridades de los estados y municipios es indudablemente superior a la de los consejos comunales, al surgir de procesos electorales abiertos y competitivos organizados por el Consejo Nacional Electoral con el ofrecimiento de todas las garantías establecidas constitucionalmente. Todo lo anterior se traduce en una centralización encubierta y en una merma del significado del voto a nivel municipal y estadal, en detrimento de la distribución constitucional del poder, lo cual se hace especialmente patente en la normativa legislativa y reglamentaria del Consejo Federal de Gobierno, que prevé incluso la transferencia de competencias desde las distintas entidades territoriales a las organizaciones de base del poder popular por decreto presidencial[43] y la concurrencia entre todas ellas para la asignación de los recursos del Fondo de Compensación Interterritorial, de acuerdo con los lineamientos de un sistema de planificación altamente centralizado.

El funcionamiento de consejos comunales no es una idea censurable en sí misma. Por el contrario, ellos podrían ser instancias de participación ciudadana en los asuntos públicos de singular importancia, especialmente en el ámbito municipal, en el cual la Constitución impone al poder público un deber calificado de incorporación de la comunidad en la definición, la ejecución, el control y la evaluación de la gestión pública (artículo 168). Esta alianza entre los Municipios y los consejos comunales robustecería tanto el poder público municipal como las posibilidades ciudadanas de influir en la definición y realización de políticas o programas que afectan la vida local. La participación de la comunidad pudiera llegar a la asunción de servicios transferidos por los estados o municipios con arreglo al artículo 184 de la Constitución (numeral 1), así como a la instrumentación de otros mecanismos de organización y participación comunitaria contemplados en este precepto, incluyendo la creación de nuevos sujetos de descentralización (numeral 6).

Hemos sostenido que los consejos comunales podrían perfilarse como una de las "otras entidades locales" a las que alude la Constitución, con lo cual pasarían a ser

[42] Artículo 2 de la Ley Orgánica de los Consejos Comunales.

[43] Artículo 3 del Reglamento de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno (definición de transferencia de competencias).

expresión, con toda licitud, del poder público municipal. Conviene recordar que según el artículo 173 constitucional las demás entidades locales han de regularse en la legislación que desarrolle los principios del régimen municipal, la cual ha de establecer los supuestos y condiciones para su creación, que depende de la iniciativa vecinal y comunitaria, "[…] así como los recursos de que dispondrán, concatenados a las funciones que se les asignen, incluso su participación en los ingresos propios del Municipio"· Estas entidades locales gozan de la autonomía constitucionalmente reconocida al municipio en el cual se insertan y de la que adicionalmente se les otorgue, frente a las propias autoridades municipales, en la legislación respectiva, debiendo siempre preservarse el carácter democrático de la organización municipal.

5. Colofón

La erosión de la institucionalidad democrática de la que los ciudadanos estamos siendo testigos y víctimas debe ser contrarrestada mediante el uso de los cauces constitucionalmente establecidos. Urge reconstitucionalizar al país para dotar al proceso político del marco jurídico que asegure el pluralismo y los derechos fundamentales. El derecho, como verdadero límite para los gobernantes y no como simple formalización de las relaciones de poder existentes, es imprescindible para el desarrollo democrático de los pueblos. La democracia se basa en las elecciones periódicas pero no se agota en ellas, tal como actualmente lo proclama la Carta Democrática Interamericana.

El tipo de Estado compatible con la Constitución no es aquel que absorbe espacios de autonomía individual o social para alimentar ámbitos de actuación comunitaria controlados por el poder público, sino el que promueve la iniciativa privada y respeta la libertad individual, sin perjuicio de la regulación o intervención administrativas que sean realmente necesarias para atender los intereses públicos. Al mismo tiempo, es un Estado de los derechos, que reconoce la independencia judicial como presupuesto esencial para garantizarlos de manera efectiva. Es también un Estado de la justicia social, que la propugna no a expensas de la seguridad jurídica y de la protección de la propiedad privada y mediante programas sociales casados con una determinada postura ideológico-partidista, sino por medio de una política social abierta, fundada en la universalidad e igualdad que los derechos humanos exigen y en su indivisibilidad e interdependencia. La fe en el Estado de derecho debe ayudarnos a ofrecer caminos de esperanza para el rescate institucional de la República.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, PP 383-396, ISSN 1510-4974

Wilson Engelmann (Brasil)*

As nanotecnologias e os novos direitos: a (necessária) revisão da estrutura das fontes do direito

RESUMO

O início do Século XXI assiste à explosão das pesquisas na escala que varia de 1 a 100nm (1 a 100 nanômetros). Um nanômetro equivale à bilionésima parte de um metro. Dos laboratórios, os resultados destas pesquisas ganham a indústria e se transformam em produtos que já estão à disposição para o consumo. Desta forma, surgem as nanotecnologias, uma Revolução Científica, que promete mudar a vida das pessoas e é o cenário para a emergência de novos direitos, sem precedentes naqueles existentes até o momento. A estrutura do sistema jurídico não responde adequadamente aos desafios que eles estão lançando, exigindo a revisão da estrutura e concepção das fontes do Direito.

Palavras-chave: nanotecnologias, hermenêutica, fontes do direito, ética da pesquisa, princípios constitucionais.

ZUSAMENFASSUNG

Das beginnende 21. Jahrhundert zeichnet sich durch eine explosionsartige Zunahme der Forschungen im Gröbenbereich von 1 bis 100 nm (1bis 100 Nanometer) aus. Ein Nanometer entspricht einem Milliardstel Meter. Von den Labors finden die Forschungsergebnisse Eingang in die Industrie, wo sie zu Produkten verarbeitet werden, die damit bereits für den Verbrauch zur Verfügung stehen. Auf diese Weise entstehen die Nanotechnologien und damit eine wissenschaftliche Revolution, die verspricht, das Leben der Menschen zu verändern, und die den Hintergrund für die Herausbildung neuer Rechte bildet, die mit den bisherigen nicht zu vergleichen sind. Die Struktur des Rechtssystems ist jedoch nicht mehr auf der Höhe der damit verbundenen Herausforderungen, sodass eine Revision dieser Struktur und der Konzeption der Rechtsquellen notwendig wird.

---

* Doutor e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, Brasil. Professor deste Programa das atividades: "Transformações Jurídicas das Relações Privadas" (Mestrado) e "Os Desafios das Transformações Contemporâneas do Direito Privado" (Doutorado). Professor de Introdução ao Estudo do Direito do Curso de Graduação em Direito da UNISINOS. Líder do Grupo de Pesquisa JUSNANO (CNPq). Advogado. ‹wengelmann@unisinos.br›

Schlagwörter: Nanotechnologien, Hermeneutik, Rechtsquellen, Forschungsethik, Verfassungsgrundsätze.

ABSTRACT

The beginning of the 21st century is witnessing an explosion in research in the 1 – 100 nm (1 to 100 nanometre) range. A nanometre is equal to one billionth of a metre. The results of this research have extended from laboratories to industry and have been transformed into products that are now available for consumption. The emergence of nanotechnology is a scientific revolution that promises to change people's lives and is the setting for the emergence of new and completely unprecedented rights. The legal system's structure cannot respond adequately to the challenges posed by these new rights so the structure and concept of the sources of law must be revised.

Keywords: nanotechnology, hermeneutics, sources of law, research ethics, constitutional principles.

1. Introdução

A inquietude do gênero humano é capaz de ingressar em recantos intocados. Este é o cenário onde se projetam as nanotecnologias, um conjunto de tecnologias, de diversas áreas, mas que têm em comum a manipulação de átomos e moléculas numa escala que medeia entre 1 e 100 nanômetros. O escopo da criatividade que se abre com as pesquisas em nanoescala visam à imitação e recriação da natureza. Nela, a escala nano sempre existiu. No entanto, o ser humano apenas agora está tendo condições científicas e técnicas para acessá-la.

Essa possibilidade gera uma verdadeira Revolução Científica, pois as nanotecnologias não se enquadram nos padrões conhecidos e dimensionados até o momento. Os aspectos já revelados dão sinais altamente positivos aos resultados. Apesar disso, também existem estudos, embora ainda muito incipientes, que apontam riscos dos produtos que carregam nanopartículas. É preciso observar que existem mudanças químicas nos produtos que se estruturam a partir de partículas em escala nano, quando comparados aos similares que estão construídos em outras escalas. O contexto científico assim desenhado deverá equacionar a avaliação sobre as vantagens das nanotecnologias, relacionando-as aos seres humanos e o meio ambiente. Ambos suportarão os resultados positivos ou negativos dessas descobertas.

Pretende-se investigar o papel do Direito nesse cenário de alta tecnologia. Uma das alternativas é revisar a estrutura das fontes do Direito, saindo-se de um cenário onde as fontes são analisadas individualmente, para uma valoração conjunta e complementar. Portanto, o problema que se pretende estudar pode ser assim delimitado: a (re) estruturação das fontes do Direito, propiciando uma abertura do sistema jurídico para a efetiva valorização do ser humano e do meio ambiente – como seus sustentáculos ético-axiológicos –, é uma alternativa viável para que o Direito possa construir respostas adequadas e razoáveis aos novos direitos gerados pelas nanotecnologias?

O objetivo desta pesquisa, portanto, a fim de se dar conta do problema lançado, pretende redimensionar o Direito, reposicionando o conteúdo antes e acima da forma, e retirando a estrutura hierárquica das fontes do Direito, por uma disposição que facilite e promova o diálogo entre todas elas.

2. As nanotecnologias e a geração de novos direito

Em junho de 2010 foi divulgada a conquista científica de dois pesquisadores da Universidade de Harvard, dos Estados Unidos, Adam W. Feinberg e Kevin Kit Parke: eles "conseguiram reproduzir mecanismos naturais para criar tecidos que superam em elasticidade e resistência qualquer outro material similar." Este tecido foi construído "inteiramente a partir de materiais biológicos – proteínas. Os tecidos artificiais poderão ter uso direto na medicina, repondo tecidos naturais de forma mais segura e sem risco de rejeição." Dentre as vantagens deste novo tecido, podem destacar-se: (a) "para recolher o nanotecido, basta alterar a temperatura da superfície onde ele se forma – o material solta-se como se fosse uma folha de papel"; (b) "a nova tecnologia poderá ser usada para regenerar o coração e outros tecidos do corpo humano, assim como para fabricar tecidos extremamente fortes e elásticos, com apenas alguns nanômetros de espessura, para várias outras aplicações".[1]

Essa é uma pequena amostra das possibilidades que se projetam por meio das nanotecnologias. É importante destacar que com a expressão *nano* se referencia uma medida; ou seja: ela representa a bilionésima parte de um metro ou ainda a seguinte notação científica: 10^{-9}. Para ficar mais compreensível, veja-se a tabela a seguir, onde se podem observar os diversos múltiplos e submúltiplos do metro:[2]

Nome	Símbolo	Potência de Dez
Exa	Em	10^{18}
Peta	Pm	10^{15}
Terá	Tm	10^{12}
Giga	Gm	10^{9}
Mega	Mm	10^{6}
Quilo	Km	10^{3}
Hecto	Hm	10^{2}
Deca	Dam	10^{1}
METRO	M	10^{0}

[1] Disponível em <http://www.inovacaotecnologica.com.br/noticias/noticia.php?artigo=nanotecido-proteina-remendar-coracao&id=010160100624> Acessado em 28/09/2010.

[2] Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Metro Acessado em 28/09/2010. Para aprofundar, cf. Silva, M.B. Nanotecnologia e a criação de novos espaços e novas identidades. IN: *Cadernos IHU Ideias*. São Leopoldo: Unisinos, ano 8, n. 139, 2010.

Nome	Símbolo	Potência de Dez
Deci	DM	10^{-1}
Centi	Cm	10^{-2}
Mili	Mm	10^{-3}
Micro	Mm	10^{-6}
Nano	Nm	10^{-9}
Pico	PM	10^{-12}
Femto	FM	10^{-15}
Atto	AM	10^{-18}

Essa tabela mostra a localização do nanômetro e a ordem de "pequeneza" à qual se refere. O interessante destas pesquisas em nano escala são os potenciais de se construir coisas a partir da manipulação de átomos:

> Quando vamos ao mundo muito, muito pequeno – digamos, circuitos de sete átomos – acontece uma série de coisas novas que significam oportunidades completamente novas para *design*. Átomos na escala pequena não se comportam como nada na escala grande, pois eles seguem as leis da mecânica quântica. Assim, à medida que descermos de escala e brincarmos com os átomos, estaremos trabalhando com leis diferentes, e poderemos esperar fazer coisas diferentes. Podemos produzir de formas diferentes. (Feynman, 2010).

Verifica-se que as propriedades e características das coisas produzidas a partir da manipulação em escala nano são diferentes das que existem na escala que não seja nano. Aí um ponto de alerta, pois tais transformações devem ser analisadas, já que existe a possibilidade de apresentarem toxicidade. Portanto, a produção de tecidos na escala nano prometem muitos benefícios. No entanto, é necessário um controle adequado dos resultados das suas interações com os meios biológicos, aspecto onde reside a necessária análise toxicológica.

Os tecidos artificiais mostram uma das possibilidade de construção que os humanos poderão desenvolver, "corrigindo" uma das "imperfeições" apontadas por Eric Drexler: "[…], os seres humanos são muito ruins, muito precários na fabricação de coisas. Quase tudo que poderíamos desenhar e projetar com precisão atômica não pode ser feito no momento atual. […] As peças fundamentais da matéria, que tudo compõem, somente agora estamos aprendendo a manusear, a colocá-las no lugar" (Drexler, 2009, p. 46). O caso do tecido artifical se inscreve exatamente nessa caracterização de Drexler. Cabe, no entanto, uma pergunta: qual o limite do poder de criação do ser humano na construção de coisas? Nesse momento, pelo que se verifica no tocante aos anúncios das possibilidades por meio das nanotecnologias, dá a impressão de que se pode criar e recriar tudo o que o ser humano quiser. É preciso ter presente que na natureza a escala nano sempre fez parte da essência de muitas coisas. No entanto, os humanos apenas nesse momento está acessando a oportunidade de desenvolver

e projetar coisas com nano partículas. Como já disse em outra oportunidade, dois aspectos não podem ser descuidados: a precupação com as consequências em relação ao ser humano e em relação ao meio ambiente (Engelmann, 2009 e 2009 a).

Essa percepção humana das novas encruzilhadas deverá ser enfrentada, pois entre os extremos se projetam novos direitos, que exigirão respostas inéditas por parte do Direito, como: a) tudo o que é viabilizado pela técnica deverá ser colocado à disposição pelas leis do mercado sem nenhum controle moral? b) o Direito do Consumidor será suficiente para proteger o consumidor de novos (nano) produtos? c) Todos os consumidores terão acesso a tudo o que é disponibilizado no comércio? Haverá a necessidade de um "consumo solidário"? d) "Será que o direito a uma herança genética sem manipulação pode ser passível de uma proteção jurídica, ainda que o maior interessado ainda não tenha nascido?" Surgiria, assim, um novo direito subjetivo? Quem será o seu titular? e) "No caso de uma intervenção terapêutica no embrião, suponhamos que um exame preventivo aponte 30 a 50% de chance de o futuro indivíduo vir a desenvolver um câncer sem cura ainda. Como decidir abortar o embrião ou não?" Haverá um direito ao aborto, a fim de evitar doenças geneticamente apontadas? f) Como decidir frente ao diagnóstico de doenças futuras? "Extirpar seios em mulheres jovens porque exames genéticos apontam câncer futuro provável?" g) "Ao decidir adotar um programa de intervenção genética em seu futuro filho, os pais concretizaram suas intenções sem conceder a ele – filho – a possibilidade de uma reconsideração" (Dupas, 2009, p. 65-7); h) haverá um direito de não nascer?[3] i) a manipulação do DNA, viabilizando o ingresso científico no reduto mais sofisticado de criação da vida, permite o domínio da vida criada pelo seu criador (o cientista, por exemplo)? j) De acordo com o Código Civil Brasileiro de 2002, são considerados direitos da personalidade: direito à imagem, à privacidade, ao próprio corpo, à integridade física e ao nome (a partir do art. 11). Esta enumeração é exaustiva? Ou por meio das descobertas nanotecnológicas são gerados novos direitos da personalidade? l) O crime de perigo abstrato será adequado para captar os riscos gerados pela manipulação da matéria na escala atômica? m) A diversificação das funções da responsabilidade civil, por meio de um sistema de indenização próprio aos danos de massa (Viney, 2008); n) o "novo lixo" produzido em

[3] O polêmico Acórdão nº 457, julgado em 17 de novembro de 2000 pela Corte de Cassação francesa, confirmou o direito de uma criança nascida com deficiência figurar como autora, por representação, de ação judicial de reparação de danos proposta em face do médico de sua mãe.

Disponível no sítio da Corte de Cassação francesa: ‹http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2000_1245/no_526_1362/›. Acessado em 29/09/2010. Observe-se que "a sentença foi seguida de uma lei, em 2002, dita anti-Perruche, que excluiu a possibilidade de invocar um prejuízo pelo simples nascimento com enfermidade. […] Em qualquer caso, a controvérsia em torno do direito de não nascer, como chamaram alguns, adquiriu a estatura de um verdadeiro 'combate' de filosofia do Direito. […] Combate entre o homem e a representação da pessoa como ficção jurídica, e a humanidade cuja dignidade então seria ancorada na natureza. Teríamos a ficção jurídica de um lado e a natureza do outro" (Delmas-Marty, 2008). Esse é um caso real onde se verifica o binômio humano e não-humano, mas que beira o 'desumano'. Além disso, é um caso paradigmático para se avaliar a assistência médica à procriação e todas as possibilidades de melhoramento genético abertas pelas nanotecnologias na medicina.

escala nanométrica: como armazenar e descartar os resíduos? Quais as consequências em relação ao meio ambiente?

As questões exemplificativamente arroladas mostram o grande potencial de geração de "direitos" das nanotecnologias. Usa-se a expressão no plural, pois são diversas áreas e tecnologias que utilizam a nano escala para produzir coisas e que estão presentes em diversas cadeias produtivas. Portanto, também em relação a estas e outras questões se deverão planejar respostas adequadas, pois com elas são mostradas algumas consequências humanas destas investigações científicas. São questões que também exigem respostas construídas transdisciplinarmente, pois não envolvem apenas aspectos jurídicos.

Esse é o cenário que se mostra ao Direito: avanços sofisticados nas "Ciências Duras", os quais estão desafiando as "Ciências Humanas", dentre as quais o Direito. O grande desafio da área jurídica é construir marcos regulatórios e respostas adequadas aos novos "direitos". Esses, como se viu exemplificativamente, são inéditos e sem precedentes na cultura jurídica moderna. Por causa desses contornos, tais direitos dificilmente conseguirão abrigo jurídico adequado na estrutura tradicional do Direito, notadamente aquela forjada no seio do positivismo jurídico: "a teoria jurídica formalista, instrumental e individualista vem sendo profundamente questionada por meio de seus conceitos, de suas fontes e de seus institutos diante das múltiplas transformações tecno-científicas, das práticas de vida diferenciadas, da complexidade crescente de bens valorados e de necessidades básicas" (Wolkmer, 2003, p. 3). A velha estrutura formal das normas jurídicas, onde os aspectos individuais são o elemento caracterizador mais evidente, disciplinados por uma estrutura normativa hierarquizada, será incapaz de assegurar a necessária flexibilidade que se exigirá do Direito a partir da emergência de um conjunto de "direitos" e "deveres" nunca planejados pela área jurídica. Pelos exemplos arrolados, perpassados pela construção do tecido artificial, como um caso privilegiado da novidade, constata-se que os novos direitos estão "relacionados às esferas individual, social, metaindividual, bioética, ecossistêmica e de realidade virtual" (Wolkmer, 2003, p. 3). São esferas que emergem neste início do Século XXI, próprios de uma época onde as pesquisas científicas são potencializadas a níveis desconhecidos pelos humanos.

3. "A natureza como texto": as possibilidades da hermenêutica filosófica à introdução axiológica na construção das normas jurídicas

O escopo de alto potencial tecnológico não poderá esquecer que todos os resultados – sejam positivos ou negativos – serão suportados pelo ser humano e o meio ambiente. Destarte, convém não se esquecer de uma exigência ética suprema: "o irredutível humano":

> há negação do humano não necessariamente quando há atentado contra a vida, mas quando, sob uma forma ou outra, há atentado contra o que denominamos, com uma palavra grave e profunda, *a dignidade humana*, ou seja, o que

> permite a um ser humano valorizar-se como ser de sangue, elevar-se a mais além de sua realidade simplesmente biológica, pronunciar uma palavra que possa realmente assumir, na qual possa realmente expressar-se (Jean Ladrière *in* Delmas-Marty, 2004, p. 185).

Aqui se desenham alguns pressuposto éticos fundamentais para esse momento. Há que considerar-se o ser humano não apenas como algo disponível biologicamente em laboratório, como um mero material de estudo, reprodução e melhoramento. Pelo contrário, o ser humano é algo muito mais essencial: um ser de carne, osso, sentimentos, além de um elemento essencial constituvo: a dignidade humana. Esta não se projeta em tubos de ensaio, mas é o resultado de longo e árduo caminho da tradição de lutas, sofrimentos e conquistas, e que não poderão ser reproduzidos em laboratório. São o resultado do simples viver com os outros humanos, com igual dignidade.

É justamente nesse espaço que se deverá abrir a reflexão entre o binômio "humano" e "não-humano", pois ela desvela "que a evolução da representação dos valores de vocação universal é tardia e, sem dúvida, inacabada" (Delmas-Marty, 2008 *a*). Trata-se do atos de barbárie que revoltam a consciência da humanidade, os quais integram a pré-compreensão humana. Foram justamente os atos contra aqueles considerados "não-humanos" – portanto, disponíveis para qualquer tipo de pesquisa dita científica – que não deverão ser esquecidos, posto que esta categorização atinge de morte a dignidade humana.

Esse binômio ganha uma nova leitura, a partir do momento em que se leva ao debate o olhar às "gerações futuras", incluindo a preocupação ambiental. Assim, poder-se-ia referir que o "não humano" é um prolongamento do "humano", ou seja, um ambiente saudável e necessário para o desenvolvimento de toda e qualquer pessoa. Com isso, é gerada a expressão "humanismo em relação": "de relação, seria uma maneira de construir uma relação, e falo de relação jurídica, do humano ao animal e, extensivamente, do humano à natureza" (Delmas-Marty, 2008). É justamente nesta nova relação que se estabelece entre o ser humano e a natureza/meio ambiente que surge uma nova contextualização para o tema da responsabilidade civil, lastreada na chamada "obrigação de segurança" (Viney, 2008). Até então, a responsabilidade civil abrangia apenas a relação entre os seres humanos. Além disso, poder-se-á planejar, nesse viés, a inclusão do "meio ambiente saudável" como um novo direito da personalidade.

A partir do cenário assim caracterizado, abrem-se as possibilidades para a emergência da "natureza como texto" (Villarroel, 2006) e de uma nova filosofia *na* ciência (aqui considerada na sua visão ampla, englobando todas as áreas do conhecimento).[4] A construção dos alicerces desta aproximação – mediada pela fenomenologia-hermenêutica – será perpassada pela tradição e a linguagem. Para tanto, não se deve esquecer o seguinte alerta:

---

[4] Para aprofundar, cf.: Engelmann, W. A nanotecnociência como uma revolução científica: os Direitos Humanos e uma (nova) filosofia *na* ciência. IN: Streck, L.L. e Morais, J.oL.B de (Orgs). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica:* Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da UNISINOS, n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

> […] que a linguagem não constitui o verdadeiro acontecer hermenêutico enquanto linguagem, enquanto gramática nem enquanto léxico, mas no vir à fala do que foi dito na tradição, que é ao mesmo tempo apropriação e interpretação. Por isso, é aqui, onde se pode dizer com toda razão, que esse acontecer não é nossa ação na coisa, mas a ação da própria coisa. […]. (Gadamer, 2002, p. 672, § 467).

A tradição fornece o horizonte histórico onde se projetam os acontecimentos do passado, que devem iluminar o desenvolvimento da justificativa do conhecimento científico forjado por meio das nanotecnologias.

No movimento do círculo hermenêutico, a pré-compreensão antecede a compreensão/interpretação/aplicação que dará sentido às descobertas nanotecnológicas, onde o investigador estará diretamente implicado. Esse mesmo conjunto deverá perspectivar as investigações nanoescalares, a partir da experiência do pesquisador, mediante sua pré-compreensão de mundo, da vida e dos resultados que as investidas humanas na natureza já provocaram. O ser humano, incluindo o próprio pesquisador, está inserido desde sempre no contexto onde as novidades em escala nano são produzidas e gerarão os seus efeitos – positivos ou negativos.

Portanto, não será a visão tradicional da interpretação, onde se busca tirar o sentido do texto (*Auslegung*), mas a proposta da hermenêutica filosófica com base em Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, onde a interpretação representa a atribuição de sentido (*Sinngebung*), especialmente no cenário dos novos direitos. Esse é o lastro para se desenvolver a reflexão ética da relação entre "homem-técnica-natureza" (Villarroel, 2006, p. 173). Para tanto, será necessário (re)colocar a questão de um co-pertencimento entre homem e natureza, que possa ir além do mero controle e dominação das forças da natureza pelo homem, pois ambos "[…] podem chegar a necessitar-se mutuamente[…]", numa espécie de "vizinhança entre Homem e Natureza […]", onde "ambos existem um em frente ao outro, que cada um concorre inevitavelmente à proximidade do outro" (Villarroel, 2006, p. 185). Há uma relação entre o humano e o não-humano (a natureza). No entanto, não de superioridade ou anterioridade, mas de reciprocidade solidária. Ambos se necessitam e, portanto, devem respeitar-se, cada um com suas características e potencialidades. O homem precisar dar-se conta, como um acontecer, que a natureza não está disponível para ser apropriada e explorada até o esgotamento. O raciocínio deverá ser modificado: a natureza existe para ser cuidada, pois é indispensável à sobrevivência humana. Aí se instala a nova responsabilidade-cuidado que o homem deverá aprender a consolidar e respeitar.

A par disso, a hermenêutica filosófica também defende que não se pode pensar no texto como algo que possa ser apropriado, forçando-o (o texto) a revelar o seu sentido e alcance, mas ele deverá receber a atribuição de sentido, respeitando os seus limites. Assim, a natureza também deverá receber a atribuição de sentido – que é o cuidado e a responsabilidade humanos, a fim de continuar existindo. Esse o espaço para que a natureza surja como texto.

Por outro lado, examinando-se a relação "hermenêutica" entre texto e norma, se pode verificar: a norma é sempre a norma de um texto; não há norma sem texto e nem

texto sem norma. O texto para existir "como" texto necessita da interpretação projetada no interior do "círculo hermenêutico", onde a pré-compreensão/compreensão/interpretação e aplicação estão em relação de reciprocidade e complementaridade. O produto desta relação circular é a norma.

Na mesma linha de raciocínio, não há homem sem natureza; e natureza somente é natureza por meio do homem e sua linguagem, como condição de possibilidade para a atribuição deste sentido. Por isso, "natureza como texto" que precisa ser interpretada, cultivada, cuidada e respeitada para gerar a norma, que corresponde à relação de co-responsabilidade de todos os homens na preservação da natureza.

Esse é o caminho para que se possa (re)introduzir a concepção axiológica na estrutura das normas jurídicas, caráter que será fundamental para que o Direito esteja em condições de se reinventar no contexto das nanotecnologias, bem como aparelhar-se a dar respostas que sejam adequadas e razoáveis aos tempos de modernidade tecnológica. Será necessário um paradigma ético, como um fio condutor que perpassará a construção do jurídico, com as seguintes características (adaptação das contribuições de Villarroel, 2006, p. 217 *et seq*): a) uma ética que tenha determinados padrões de razoabilidade, não utópica, mas prática, preocupada com a ação humana; b) na estruturação dessa ética é necessário inserir uma profunda qualificação com o meio ambiente, além de uma "exigência de adequação ou pertencimento" do gênero humano a essa questão; c) é necessária uma preocupação com a aplicabilidade ou praticabilidade que uma proposição desse gênero deverá carregar consigo. Aí se abre o espaço para o ingresso do modelo da *phrónesis* aristotélica, prospectada numa releitura contextualizada com as características atuais, notadamente o seu emprego tanto no tocante aos "meios" quanto aos "fins" eleitos pelo homem para a sua plena realização. Portanto, em termos hermenêuticos, propõe-se "uma ética aberta da experiência humana", que não corresponda a uma "descrição 'neutra' de objetividades" (Villarroel, 2006, p. 213), mas que represente a busca pelo cuidado com o humano e o meio ambiente, projetado no respeito aos limites, na moderação e na construção de um "meio termo" que não esteja matematicamente no meio, mas numa localização onde possam ser avaliadas as necessidades de todas as gerações – presentes e futuras – de seres humanos. Para tanto, será fundamental o manejo da "razão prática", ou seja, uma razão preocupada com o agir humano, mas concomitantemente com o desenvolvimento de normas (jurídicas) capazes de operacionalizar esse itinerário. Há que se ter uma atenção especial nessa razão, que não deverá adormecer sob pena de se produzirem monstros, ou decisões que sejam irreversíveis, prejudicando a preservação da humanidade do ser humano. Tal caracterização se inspira na gravura de Goya "El sueño de la razón produce monstruos".

4. Uma nova estrutura das fontes do Direito: em busca da conjugação do 'conteúdo' e da 'forma' no sistema jurídico

Para que o ser humano não seja surpreendido por decisões monstruosas, dado o sono da razão – embora se tenha conhecimento de que 'sueño' possa significar tanto 'sono',

como 'sonho' (Dupuy, 2008, p. 123-124) – serão muito importantes algumas cautelas, especialmente na (re)estruturação do sistema jurídico: "a evolução de um ordenamento e de um sistema jurídico não é puramente lógica nem pode depender exclusivamente da tecnologia, mas da filosofia de vida que saberá incorporar e realizar" (Perlingieri, 2008, p. 9). É justamente essa a proposta deste estudo, ou seja, aproximar o Direito da Filosofia, trazendo para o seio das normas jurídicas a preocupação com os "valores", isto é, o ser humano e o meio ambiente. Desta forma, é preciso "levar em consideração que a passagem da lei ao Direito é um processo contínuo, constituído pelo impacto com a peculiaridade do fato, em uma atividade hermenêutica que tem como parâmetro privilegiado os valores-guia da Constituição, assumidos pela historicidade e pela totalidade da experiência" (Perlingieri, 2008, p. 4). Esse é o fio condutor que alimenta a perspectiva fenomenológica-hermenêutica do realinhamento das fontes do Direito que se pretende construir. Por isso, é necessário que o foco racional não adormeça, mas esteja sempre desperto, do alemão *Wachsein*, no sentido amplo de atento, vivo, inquieto. Portanto, uma percepção das normas jurídicas adequadas para as inovações nanotecnológicas deverá estar sempre preocupada com novas possibilidades geradas pelo surgimento de novos direitos.

Com isso, a hermenêutica se projeta como faticidade, ou seja, "o domínio do entendimento fático não é algo que se pode calcular de antemão nem nunca. De igual modo, não se pode normalizar sua repercussão na apreensão e na comunicação mediante expressões matemáticas" (Heidegger, 2000, p. 36). Por meio da faticidade, da incorporação do viver, dos acontecimentos humanos, no contexto social, matéria-prima para a construção das normas jurídicas, é que se sublinha a impossibilidade da preponderância da forma, do método. Esse conjunto de aspectos se dá e vai sendo avaliado e valorizado pelo Direito, sem a possibilidade de seu enquadramento prévio em fórmulas. Por conta dessa percepção da realidade pelo jurídico, torna-se necessária a incorporação de uma nova maneira de organizar as fontes do Direito.

Para tanto, o Direito, antes de ser uma Ciência, deverá ser prudência; com "isso também se explica sua facticidade e historicidade, razão pela qual sua operacionalização reclama o manejo de noções, e não somente de conceitos. […]", pois "a realidade social é o presente; o presente é vida – e vida é movimento. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. O direito é um dinamismo" (Grau, 2006, p. 41-42; 130). A mobilidade da vida; ou, dito de outra maneira: como a vida não vem com um manual de instruções, a juridicização da vida social deverá estar atenta e desperta para captar a dinamicidade da vida social.

Em respeito à faticidade e à historicidade do viver humano, radicalmente transformadas pelas nanotecnologias, é que se abre a necessidade de revisar a estrutura das fontes do Direito, favorecendo um diálogo entre elas, numa perspectiva pluralista, em substituição à concepção monista, na construção da resposta jurídica ao caso concreto. Vale dizer: busca-se uma horizontalização das fontes do Direito, desenvolvida por um fluxo que tem passagem obrigatória pela Constituição, como uma espécie de controle de legalidade e legitimidade do suporte fático e da resposta a ser construída.

Portanto, o positivismo legalista será substituído pela valorização do direito positivo, que significa a expressão das fontes do Direito; no lugar da verticalização do escalonamento piramidal das fontes será instalada uma disposição horizontal de todas elas, potencializando o diálogo e a resposta articulada constitucionalmente. Esta localização das fontes, inclusive da Constituição, encontra respaldo no entendimento de Pietro Perlingieri: "apesar de a norma constitucional aparentemente ser utilizada como instrumento hermenêutico de um enunciado ordinário, na realidade ela se torna parte integrante da própria normatividade destinada a regular a concreta relação" (2008a, p. 579). A Constituição desce do seu pedestal de cúspide da pirâmide e se mistura às demais normas jurídicas, ocupando o seu papel hermenêutico, sem deixar de lado a sua projeção substancial e normativa.

Dentre as diversas fontes, ganha destaque o papel desempenhado pelos princípios, que acabam sendo os responsáveis pela aproximação e relação entre as diversas normas jurídicas, formando uma verdadeira amálgama normativa dotada de uniformidade. Destacadamente os princípios constitucionais acabam tendo uma função especial no diálogo entre as fontes do Direito, pois focalizarão no momento sistemático o "principal método de controle da atividade interpretativa". Isso se deve ao seguinte aspecto inerente a eles: "não são posteriores ao ordenamento, mas o constituem, dando a ele forma e unidade". Destarte, se caminha à substituição do modelo tradicional hierárquico, em direção a um "conceito policêntrico de sistema" (Viola e Zaccaria, 1999, p. 352). Pela proposta que se está desenhando, o lugar mais alto deixa de ser ocupado pela Constituição e seus princípios, localizados no ápice da pirâmide, para uma construção onde os dois ocupam o lugar central nas fontes dispostas uma ao lado da outra, numa bifurcação de forças normativas. No entanto, a sistematicidade do ordenamento jurídico é garantido pelo movimento das fontes, todas elas tendo que vencer o filtro da constitucionalidade, que passará a representar o conformador e concretizador dos valores eleitos no plano interno, que é formado a partir da incorporação da projeção axiológica eleita globalmente, a fim de se formar uma efetiva comunidade de valores, perspectivada no cuidado com o ser humano e o meio ambiente.

5. O retorno às origens do jurídico: a importância dos princípios para a concretização do diálogo entre as Fontes do Direito. Aportes conclusivos

Como visto, os princípios representarão um elo fundamental para a concretização do diálogo entre as fontes do Direito. Por meio deles se trará a tradição e a historicidade do modo de ser do Direito, ou seja, da essência do seu conteúdo. Eles carregam a faticidade do viver humano ao longo da trajetória histórica, trazendo o aprendizado da experiência. No projeto assim delineado, atribuem-se três funções específicas aos princípios: a) função sistematizadora do Direito: eles viabilizam o encadeamento das diversas fontes do Direito, configurando um sistema focado na justificação da melhor resposta para o caso concreto, além de concretizar o diálogo entre as Fontes do Direito;

b) função hermenêutica: os princípios flexibilizam as normas jurídicas, abrindo-as conteudisticamente, favorecendo a comunicação entre elas, de modo que a resposta para o caso concreto não seja sustentada apenas no texto da lei. Isso se dá pelo fato de a lei deixar determinadas 'janelas' que "não representam nenhum direito regular e material do legislador, senão que são pontos de partida para a formação concreta de normas por parte da judicatura. […] a norma não é aqui tirada do princípio por via de interpretação, senão que é criada por uma síntese judicial. Somente a casuística nos diz que é o Direito" (Esser, 1961, p. 194-5). Esta função é significativa, pois ela indica uma novidade em relação ao modo tradicional de interpretação do Direito: a interpretação não significa tirar o significado das palavras do texto, aqui notadamente entendido da lei; mas atribuir-lhe sentido. Considera-se aqui o Direito como norma jurídica; c) função argumentativa: os princípios servem como fundamento do raciocínio jurídico e controlam a discricionariedade judicial, na medida em que servem como elemento de justificação para a decisão judicial (Engelmann, 2001, p. 119 *et seq*).

Portanto, o problema lançado na Introdução poderá ser respondido positivamente, pois a (re)organização da estruturação das fontes do Direito, horizontalizando-as ao invés de verticalizá-las, apresenta-se como uma alternativa para viabilizar o diálogo entre todas as normas jurídicas que integram o sistema, trazendo-se a preocupação com o conteúdo humano e ambiental como condição de possibilidade para integrar o Direito no cenário das nanotecnologias, além de possibilitar a construção de respostas adequadas aos novos direitos. Mesmo que se venham a construir marcos regulatórios específicos para os resultados das pesquisas em nano escala, esta resposta não se anula. Pelo contrário: reforça a necessidade de (re)vitalizar cada uma das normas jurídicas, interligadas pela experiência fática e histórica dos princípios.

Com isso, ter-se-á uma resposta para o chamado "descrédito da razão nas 'coisas humanas' em uma civilização cada vez mais submetida ao império da tecnociência", mostrando-nos que "o discernimento moral é mais necessário que a habilidade ou a astúcia" (Perine, 2006, p. 47). O discernimento moral sublinha a necessidade de a ciência voltar as suas atenções ao principal destinatário de todos os seus projetos: o ser humano. Isso também se refletirá no Direito, ao se valorizar mais o conteúdo do que a forma. Esses são os desafios que as nanotecnologias estão trazendo.

Referências bibliográficas

Delmas-Marty, Mireille. *Por um direito comum.* Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

— Os Direitos do Homem: Valores Universais em Questão. 3ª Parte – Humano/não humano. Conferência proferida no Collège de France, em 1º de abril de 2008a. Degravação e Tradução por Leonardo de Camargo Subtil. Áudio disponível em: http://www.college-de-france.fr/default/ENall/int_dro/cours_du_18_mars_diffuse_le_1.jsp Acessado em 20/09/2010.

— Os direitos do homem: os valores universais em questão. 2ª Parte-Humano/Desumano. Conferência proferida no Collège de France, em 25 de março de 2008. Degravação e Tradução por Deisy Ventura. Áudio disponível em: http://www.college-de-france.fr/default/ENall/int_dro/cours_du_18_mars_diffuse_le_1.jsp Acessado em 20/09/2010

Drexler, Eric. Os Nanossistemas. Possibilidades e Limites para o Planeta e para a Sociedade. In: Neutzling, Inácio e Andrade, Paulo Fernando Carneiro de (Orgs.). *Uma Sociedade Pós-Humana:* Possibilidades e limites das nanotecnologias. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

Dupas, Gilberto. Uma Sociedade Pós-Humana? Possibilidaes e Riscos da Nanotecnologia. In: Neutzling, Inácio e Andrade, Paulo Fernando Carneiro de (Orgs.). *Uma Sociedade Pós-Humana:* Possibilidades e limites das nanotecnologias. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

Dupuy, Jean-Pierre. Os desafios das nanotecnologias. In: Martins, Paulo Roberto e Dulley, Richard (Orgs.). *Nanotecnologia, Sociedade e Meio Ambiente:* Trabalhos apresentados no Terceiro Seminário Internacional. São Paulo: Xamã, 2008.

Engelmann, Wilson. Entre a *téchne* e a *phýsis*: criando espaços humanamente mediados para as nanotecnologias. IN: *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 14, n. 2, p. 436-451, jul./dez. 2009.

— Os avanços nanotecnológicos no Século XXI: os direitos humanos e os desafios (éticos) da regulamentação jurídica. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevidéu, Fundação Konrad Adenauer Stiftung, año XV, p. 541-557, 2009a.

— A nanotecnociência como uma revolução científica: os Direitos Humanos e uma (nova) filosofia *na* ciência. In: Streck, Lenio Luiz e Morais, José Luis Bolzan de (Orgs). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica:* Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Unisinos, n. 6, p. 249-265. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

— *Crítica ao Positivismo Jurídico*: princípios, regras e o conceito de Direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

Esser, Josef. *Principio y Norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado.* Trad. de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

Feynman, Richard Phillips. *Plenty of Room at the Bottom.* Disponível em: http://www.its.caltech.edu/~feynman/plenty.html. Acessado em 28/09/2010.

Gadamer, Hans-Georg. *Verdade e Método:* Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, vol. I.

Grau, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Heidegger, Martin. *Ontología:* Hermenéutica de la Facticidad. Tradução de Jaime Aspiunza. Madri: Alianza Editorial, 2000.

Perine, Marcelo. *Quatro Lições sobre a Ética de Aristóteles.* São Paulo: Loyola, 2006.

Perlingieri, Pietro. A Doutrina do Direito na Legalidade Constitucional. Tradução de Carolina Tomasi e João Bosco Medeiros. In: Tepedino, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo:* Novos problemas à luz da Legalidade Constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

— *O Direito Civil na Legalidade Constitucional.* Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008a.

Silva, Marise Borba. Nanotecnologia e a criação de novos espaços e novas identidades. In: *Cadernos IHU Ideias*. São Leopoldo: Unisinos, ano 8, n. 139, 2010.

Villarroel, Raúl. *La naturaleza como texto:* Hermenéutica y crisis medioambiental. Santiago de Chile: Universitaria, 2006.

Viney, Geneviève. As Tendências Atuais do Direito da Responsabilidade Civil. Tradução de Paulo Cezar de Mello. In: Tepedino, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo:* Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

Viola, Francesco e Zaccaria, Giuseppe. *Diritto e Interpretazione:* Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto. Roma: Laterza, 1999.

Wolkmer, Antonio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos "Novos" Direitos. In: Wolkmer, Antonio Carlos e Morato Leite, José Rubens (Orgs.). *Os "Novos" Direitos no Brasil:* Natureza e Perspectiva. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, PP 397-412, ISSN 1510-4974

Roberto Islas Montes (México)*

Principios jurídicos**

RESUMEN

Desde un punto de vista etimológico, *principio jurídico* es la relación razonada que correlaciona un estándar establecido como relevante para el derecho con aquello que se deba relacionar, siendo la relación razonada el elemento determinante del principio jurídico, y el estándar, su esencia. Su existencia depende de que los juristas lo hayan querido y hecho. Tiene una función *determinante* y se aplica para resolver casos, y una función *regulatoria* por la que limita la obtención del resultado. En los diferentes casos sometidos a consideración de los juzgadores participan ciertos contenidos normativos que regulan la aplicación de las normas. Así, en el *caso igual* exigen de la ley su exacto cumplimiento, en el *caso diferente* buscan equilibrio con la ley, y en el *caso distinto* su plena realización. Respecto de la Constitución determinan contenido.

Palabras clave: **fuentes del derecho, principios jurídicos, normas jurídicas, ordenamiento jurídico nacional.**

ZUSAMENFASSUNG

Aus etymologischer Sicht bedeutet *Rechtsgrundsatz* eine begründete Beziehung, die einen als rechtsrelevant festgelegten Standard mit dem, was in Beziehung gesetzt werden soll, verknüpft, wobei die begründete Beziehung das entscheidende Element des Rechtsgrundsatzes und der Standard sein wesentlicher Inhalt ist. Seine Existenz ist davon abhängig, dass die Juristen ihn gewollt und bestimmt haben. Er hat eine *entscheidende* Funktion, die bei der Falllösung zur Anwendung kommt, und eine *regulierende* Funktion, über die er dem Erlangen des Ergebnisses Grenzen zieht. Bestimmte normative Inhalte, die die Anwendung der Normen regeln, sind Bestandteil der den Beurteilern zur Betrachtung vorgelegten Fälle. Diese Inhalte verlangen beim *gleich gelagerten Fall* vom Gesetz dessen exakte Anwendung, während sie beim *anders gelagerten Fall* ein Gleichgewicht mit dem Gesetz anstreben und beim *abweichenden Fall* auf ihrer vollen Anerkennung bestehen. Auf die Verfassung bezogen dienen sie der Bestimmung ihres Inhalts.

Schlagwörter: **Rechtsquellen, Rechtsgrundsätze, Rechtsnormen, nationale Rechtsordnung.**

---

* Catedrático en la Universidad Autónoma de Querétaro. ‹puelo888@hotmail.com›

** La idea central de este trabajo es complemento necesario —aunque no suficiente, ni exclusivo— de otros anteriores, titulados "El caso distinto, un caso para el juez constitucional" y "Sobre el principio de legalidad", publicados en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 2010 y 2009 respectivamente.

ABSTRACT

From an etymological point of view, a *legal principle* is the reasoned relationship between a legally relevant standard and its object; the reasoned relationship is the defining element of the legal principle and the standard is its essence. Its existence depends on what jurists have wanted and created. One of its functions is to *determine* and it applies to deciding cases, and another function is to *regulate* and this limits the results obtained. Application of the law to the different cases submitted to the courts is oriented by certain legal contents. In *identical cases* legal principles require an exact observation of the law, in *different cases* they seek a balance with the law, and in *disparate cases* they are applied in full. With regard to the Constitution, they determine content.

Keywords: sources of law, legal principles, legal rules, national legal system

1. Perspectiva sobre los principios jurídicos

Conceptuar *principio* siempre ha presentado un grado de dificultad considerable. Parte del problema es que *principio* ha estado involucrado con muchas entidades: la historia, el tiempo, la razón, el espacio, el poder, algún objetivo, la axiología, la ontología, la ciencia, etcétera, motivo por el cual ha presentado muchos y variados predicados.

De igual forma, en el mundo jurídico, también ha presentado esta singular característica. Por ello, el concepto *principio jurídico* ha sido discutido muchas veces y de muchas maneras a lo largo del tiempo. No obstante su importancia histórica, no hago objeto de este trabajo mostrar su evolución conceptual; el objeto es un poco más mesurado, pero no menos importante: referir lo dicho en los últimos años sobre los principios jurídicos por aquellos a quienes considero que mejor lo han conceptuado: Ronald Dworkin, Robert Alexy y Manuel Atienza.[1]

Adelanto que Ronald Dworkin usa el término *principio* en sentido genérico, para referirse a todo el conjunto de los *estándares —que no son normas—* que apuntan siempre a decisiones exigidas por la moralidad o impelentes de objetivos que han de ser alcanzados. Robert Alexy señala que los principios son *mandatos de optimización* que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Manuel Atienza dice que son *normas de carácter muy general* que señalan la deseabilidad de alcanzar ciertos objetivos o fines de carácter económico, social, político, etcétera, o bien exigencias de tipo moral.

Si bien estimo que ellos tienen un acercamiento adecuado a una concepción correcta sobre los principios jurídicos, no me parece que hayan logrado abarcar a plenitud su sentido ni determinado efectivamente su alcance, lo que justifica en parte este trabajo. La otra parte la justifico con la trascendente función que atribuyo a los principios jurídicos.

No desecho de ninguna manera lo dicho por ellos. Por el contrario, me sirve de punto de partida para buscar una respuesta cabal y determinante que justifique su

[1] Y con él —no menos importante— Juan Ruiz Manero.

existencia, forma y aplicación en el derecho. Este es el motivo por el que es necesario conocer *qué elementos deben ser tomados en cuenta para elaborar una noción adecuada sobre los principios jurídicos en estas condiciones* y, por supuesto, elaborarla. Deberá ser una noción que abarque a plenitud su sentido y determine efectivamente su alcance. Un concepto en estas condiciones es el argumento central de este trabajo.

Ahora bien, como desde un punto de vista etimológico *principio* hace referencia a dos cosas constituyentes, un cimiento o afianzamiento o fin y un nexo que relaciona este cimiento o afianzamiento o fin con aquello que se quiere asir, sostener o afianzar. Entonces mi argumento será que *principio jurídico* es la relación razonada que correlaciona un fundamento, valor, meta o fin, o en general un estándar establecido como relevante para el derecho, con aquello con que se deba relacionar; siendo la *relación razonada* el elemento determinante del principio jurídico y el *fundamento, valor, meta, fin o estándar establecido como relevante para el derecho* su esencia. Dicho lo anterior, me apresuro a decir que si el principio jurídico es despojado de la relación razonada y de su relevancia, solo queda algo meramente axiológico, ontológico o teleológico, sin ninguna relación necesaria con el derecho. De la misma forma señalo que, vistos así, los principios jurídicos establecen algo esencial y son impersonales, y por supuesto no enfocarán lo personal ni lo particular hasta que se relacionen efectivamente.

Por tal motivo, en este trabajo mostraré los aciertos y afinidades que estimo han tenido los autores citados con una concepción más adecuada sobre los principios jurídicos conforme al concepto que se sostiene. También mostraré el funcionamiento de los principios, particularmente en los casos sometidos a consideración de los jueces. Y, por último, cómo es que los principios jurídicos son contenido determinante de las Constituciones de los países.

2. Etimología de *principio*

He señalado que principio hace referencia a dos cosas constituyentes: un cimiento, afianzamiento o fin y un nexo que relaciona este cimiento, afianzamiento o fin con aquello que se quiere asir, sostener o afianzar. La idea tiene sustento etimológico.

En su etimología latina, *principium* es una palabra compuesta. Deriva de *pris,* que significa 'lo antiguo' y 'lo valioso', y *cp* que se encuentra tanto en el verbo *capere,* con el significado de 'asir, coger, tomar', y en el sustantivo *caput,* donde significa 'cabeza'.[2]

El término griego que se traduce por principio es arch.[3] El significado es 'primacía' en tiempo, rango o lugar.[4] En cuanto *primacía en tiempo* denota el punto de un nuevo inicio en una secuencia temporal. En cuanto *primacía en rango* tiene como sentidos

[2] Ángel Sánchez de la Torre: "Los principios del derecho como objeto de investigación jurídica", en *Los principios generales del derecho*, Madrid: RAJL, Actas, 1993, p. 17.

[3] José Ferrater Mora: *Diccionario de filosofía,* vol. III, Barcelona: Ariel, 2001, p. 2907.

[4] Horst Balz y Gerhard Schneider: *Diccionario exegético del nuevo testamento,* vol. I, Barcelona: Sígueme, 1996, p. 485. También *Diccionario manual griego (griego clásico-español)*, Barcelona: Vox, 2002, p. 88

'dominio', 'ámbito', 'fundamento' y 'autoridades'. En cuanto *primacía de lugar* refiere el punto de origen o de partida.

El diccionario de la Real Academia Española dice que *principio* significa "comienzo, origen" el "punto que se considera como primero en una extensión", extensión que necesariamente parte del primer punto y que nos lleva a un segundo punto. También señala que de *principio* deriva el verbo transitivo *principiar,* que se refiere a "dar comienzo a una cosa", y el adverbio *principalmente,* que significa "fundamental o esencialmente" y que refiere el cimiento sobre el que se descansa una cosa, o bien la razón principal con que se pretende afianzar y asegurar algo.

De acuerdo con esto, *principio* tiene inherente un punto de inicio y un nexo con aquello que se pretende sostener o afianzar. *Principio,* pues, hace referencia a dos cosas: un cimiento o afianzamiento o fin y un nexo que relaciona este cimiento o afianzamiento o fin con aquello que se quiere asir, sostener o afianzar. Sobre esta base he señalado que mi argumento sería que *principio jurídico* es la relación razonada que correlaciona un fundamento, valor, meta o fin, o en general un estándar establecido como relevante para el derecho, con aquello con que se deba relacionar.

3. Ronald Dworkin, los principios jurídicos como *estándares*

Dworkin es quien en los últimos años reinicia la discusión sobre los principios jurídicos tras la publicación —en 1967— de su artículo intitulado "El modelo de las reglas". Hoy en día —este artículo— forma el capítulo 2 de *Los derechos en serio*, su obra integral más influyente.

Su artículo fue polémico porque utilizó *el modelo de las reglas* —que atribuyó a Hart—[5] como blanco de su ataque general contra el positivismo, que sostiene —según dice— una única fuente legislativa del derecho y pasa por alto aquellos estándares que no son normas.[6]

Dworkin organiza su estrategia en torno al hecho de que, cuando los juristas hablan sobre derechos y obligaciones jurídicas, particularmente en relación con los casos difíciles, echan mano de estándares que no funcionan como normas sino que operan como principios. En este sentido asegura:

> […] cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas […] echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otro tipo de pautas […] en la mayoría de los casos usaré el término "principio" en sentido genérico, para referirme a todo el conjunto de los estándares que no son normas; en ocasiones, sin embargo, seré más exacto y distinguiré entre principios y directrices políticas […] Llamo "directriz" o "directriz política" al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún

[5] Entre otros, H. L. A. Hart: *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2007.

[6] Puede leerse la defensa de Hart en su *Post scriptum al concepto de derecho*, México: UNAM, 2000.

> rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamo "principio" a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.[7]

Esto quiere decir que para Dworkin existe el conjunto principios "en sentido general" con tres clases: principios (*stricto sensu*), directrices (políticas) y otro tipo de pautas, que define así:

> "Principios en sentido general" son el conjunto de los estándares que no son normas.
>
> "Principios (*stricto sensu*)" son estándares que han de ser observados porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.
>
> "Directrices" o "directrices políticas" son tipos de estándar que proponen un objetivo —positivo o negativo— que ha de ser alcanzado; generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad.
>
> "Otro tipo de pautas" son otros estándares que no son normas, ni principios (*stricto sensu*), ni directrices.

Lo afirmado por Dworkin no estaría determinado si no tenemos en cuenta lo que entiende por norma y cómo se relacionan las normas y los principios en el derecho. Respecto de esto dice: "'derecho' incluye tanto principios [en sentido general] como normas".[8] Resulta evidente entonces que todo lo hace depender de su concepto de normas.

Para él, *normas* son estándares que apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias aplicables a la manera de disyuntivas:

> […] principios jurídicos y normas jurídicas [… son] conjuntos de estándares [que] apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias [… de estos] las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipulan una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión.[9]

Por ello, si los hechos que estipulan una norma están dados, entonces, o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión. Así, normas y principios pueden distinguirse porque difieren en el carácter de la orientación que dan, pues las primeras son aplicables a la manera de disyuntivas que establecen consecuencias jurídicas que se siguen

---

[7] Ronald Dworkin: *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 2002, p. 72.
[8] Ibídem, p. 81.
[9] Ibídem, pp. 74-75.

automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas y los segundos no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas.

> […] la diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas […] los principios […] ni siquiera los que más se asemejan a normas establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas.[10]

La diferencia radical entre normas y principios está entonces en que una norma, al establecer consecuencias automáticas al conformarse la conducta con lo que el derecho establece, aporta todo a la decisión. Los principios, aunque apuntan a decisiones particulares referentes a obligaciones en determinadas circunstancias, no establece consecuencias automáticas cuando se satisfacen esas circunstancias, así que su visión de los principios apunta siempre a decisiones exigidas por la moralidad o impelentes de objetivos que han de ser alcanzados, que no establecen consecuencias automáticas.

Evidentemente se tiene mucho de Dworkin en lo que se afirma de los principios jurídicos en este trabajo, pues se coincide con él en la esencia del principio, pero se difiere en que no se estiman como simples estándares que apuntan a decisiones particulares de exigencias de la moralidad o impelentes de objetivos que han de ser alcanzados, sino a estándares que se han señalado relevantes para el derecho pues han sido estimados valiosos y que por tal motivo se establecen como relación razonada que ha de vincular aplicación a una situación o solución ante un caso; *i. e.*, el estándar solo forma parte del principio, no todo el principio, de tal modo que si al principio jurídico así establecido se le quita la relación razonada y la relevancia por la que se estimó esencial para el derecho solo quedaría el fundamento, el valor, la meta, el fin o estándar establecido, sin ninguna relación con el derecho —o quizás con alguna no determinada.

4. Robert Alexy, los principios jurídicos como *mandatos de optimización*

Alexy, en su *Teoría de los derechos fundamentales,* parte de la idea de que tanto las reglas como los principios son normas;[11] por ello, para él el problema sobre los principios se circunscribe a diferenciarlos de las reglas, pues finalmente ambos pertenecen al conjunto normas, ambos son clases de mandatos. Por ello dice:

> […] el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios

[10] Ibídem.

[11] Para Alexy, *regla* y *principio* son especies del género *norma.*

> son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos […] en cambio, las *reglas* son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.[12]

Esto quiere decir que para Alexy las normas como conjunto de mandatos comprenden dos clases: reglas y principios.

- *Reglas* son *mandatos definitivos,*[13] *i. e.*, son normas que solo pueden ser cumplidas o no, pues, dadas determinadas condiciones, ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder de manera definitiva,[14] de tal forma que si son válidas entonces debe hacerse exactamente lo que ellas exigen, ni más ni menos, pues se supone contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.
- *Principios* son *mandatos de optimización*, *i. e.*, son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible. Exigen la máxima realización posible[15] dentro de las *posibilidades* jurídicas y reales existentes; por lo tanto, están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. Esto a su vez está determinado por reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario,[16] hecho que implica que los principios pueden y deben ser ponderados.[17]

Atienza y Manero señalan respecto de la posición de Alexy:

> […] a nuestro juicio, que los principios puedan ser cumplidos en diversos grados es verdadero por lo que se refiere a las directrices o normas programáticas, pero no lo es en el caso de los principios en sentido estricto.[18]

---

[12] Robert Alexy: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: CEC, 1993 (1986), pp. 86-87. Según la nota 23, "el concepto de mandato es utilizado en un sentido amplio, que abarca también permisiones y prohibiciones". Asimismo: "Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos", en "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en *Doxa,* n.º 5, 1988, p. 144.

[13] Robert Alexy: "Simposio sobre problemas de argumentación", en *Derecho y razón práctica*, México: Fontamara, 1993, pp. 29-30.

[14] Ibídem.

[15] Alexy: "La fórmula del peso", en *Teoría*…, o. cit., pp. 458-459.

[16] Ibídem.

[17] Alexy: "Simposio…", o. cit., pp. 29-30.

[18] Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero: *Las piezas del derecho*, Barcelona: Ariel, 2005 (1996), p. 31.

Y no les falta razón, pues lo que Alexy dice respecto de los principios cabe perfectamente bien en cuanto a cierta clase de principios, en aquellos estándares cuya relevancia señala ciertos objetivos, metas o fines que han de ser alcanzados, aquellas metas o fines deseables, sustentables y alcanzables de crecimiento y desarrollo social que un pueblo o nación se ha establecido o ha determinado llevar a cabo; pues este es el motivo de la relación razonada que ha de vincular aplicación a una situación o solución ante un caso.

Así, se coincide con Alexy en lo referente a la esencia de este tipo de principios, pero se difiere de él en que no se estiman únicamente como mandatos de optimización, pues no son normas que ordenen que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, sino estándares que se han señalado relevantes para el derecho y que por tal motivo se establecen como relación razonada que ha de vincular aplicación a una situación o solución ante un caso, tomando en cuenta además que no incluye todo tipo de principios, como lo resaltan Atienza y Manero.

5. Manuel Atienza, los principios jurídicos como *normas de carácter muy general*

Atienza, el gran filósofo del derecho del *modelo de ciencia argumentativa,*[19] en uno de sus tres trabajos individuales más destacados[20] dice respecto de nuestro tema:

> […] las normas de que se compone un ordenamiento jurídico pueden clasificarse en *reglas y principios* […] las reglas son normas que establecen pautas más o menos específicas de comportamiento. Los principios son normas de carácter muy general que señalan la deseabilidad de alcanzar ciertos objetivos o fines de carácter económico, social, político, etc. […] y a las que cabe denominar *directrices;* o bien exigencias de tipo moral […] estos serían los *principios en sentido estricto.*[21]

Y, respecto de las normas en otro lugar había señalado:

> […] las normas, desde esta perspectiva, son precisamente directivas, es decir, enunciados que tratan de influir en el comportamiento de aquellos a quienes van dirigidos. En general, las normas pertenecen a una categoría especial de directivas —las directivas más fuertes— que se suelen llamar *prescripciones*.[22]

Esto quiere decir que, para Atienza, las normas —como conjunto de que se compone un ordenamiento jurídico— comprenden dos clases, reglas y principios:

---

[19] Rodolfo Vázquez: *Teoría del derecho*, México: Oxford, 2007, pp. 177-179.

[20] Uno es *El derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel, 2007; otro, *Tras la justicia*, Barcelona: Ariel, 2006, y el otro, *El sentido del derecho*, Barcelona: Ariel, 2001.

[21] Atienza: *Tras la justicia*, o. cit., p. 27.

[22] Manuel Atienza: *Introducción al derecho*, México: Fontamara, 2007 (1985), p. 25.

- *Normas* son directivas que tratan de influir en el comportamiento de aquellos a quienes van dirigidas.
- *Reglas* son normas que establecen pautas más o menos específicas de comportamiento.
- *Principios* son normas de carácter muy general que pueden ser principios *en sentido estricto* o directrices.

A su vez, los principios comprenden también dos clases o subclases: principios *en sentido estricto* y directrices:

- *Principios en sentido estricto* son normas de carácter muy general que señalan exigencias de tipo moral.
- *Directrices* son normas de carácter muy general que señalan la deseabilidad de alcanzar ciertos objetivos o fines de carácter económico, social, político, etcétera.

Ahora bien, Atienza ha trabajado mucho junto con Juan Ruiz Manero estos conceptos. En *Sobre principios y reglas,* la posición conjunta respecto de los principios es:

> "Principio" en el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines […] "Principio" en el sentido de normas que expresan valores superiores de un ordenamiento jurídico (y que son el reflejo de una determinada forma de vida), de un sector del mismo, de una institución, etc.[23]

Y, en *Ilícitos atípicos* agregan:

> […] los principios en sentido estricto incorporan valores que se consideran —que el ordenamiento jurídico considera— como *últimos*.[24]

Así que para ellos:

- Principios *en sentido estricto* son normas que expresan o incorporan valores superiores que el ordenamiento jurídico considera como *últimos*.
- *Directrices* son normas que estipulan la obligación de perseguir determinados fines.

Esta última posición en su trabajo conjunto apunta hacia la dirección que se ha conceptuado en este ensayo; *i. e.*, cuando dicen que expresan o incorporan valores

[23] Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero: "Sobre principios y reglas", en *Doxa,* n.º 10, 1991, p. 104. En la nota 1 dicen: "Utilizamos los términos 'regla' y 'principio' como especies del género 'norma'".

[24] Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero: *Ilícitos atípicos*, Madrid: Trotta, 2000, p. 21.

superiores que el ordenamiento jurídico considera como *últimos*, nos hablan de la importancia que tienen esos valores que el derecho considera superiores, últimos, muy generales, con la diferencia de que en la conceptuación que se ha señalado el valor o fin es el estándar señalado como relevante que debe ser relacionado racionalmente y cuya formulación constituye el principio jurídico. Es decir, no solo se trata de expresar o incorporar valores o fines sino que además se han de establecer en relación jurídicamente razonada, pues precisamente la relación razonada es el elemento determinante del principio jurídico y el fundamento, valor, meta, fin o estándar establecido como relevante para el derecho, su esencia, pues el principio jurídico es jurídico no solo porque implica o expresa el estándar establecido como relevante para el derecho, sino porque además se relaciona razonadamente, de tal forma que no es simplemente una axiología, ontología o teleología, sino estándar establecido en relación determinante con el derecho.

6. Los principios jurídicos como *relación razonada*

Los principios como relación razonada que correlacionan un fundamento, valor, meta o fin, o un estándar establecido como relevante para el derecho, muestran que son productos volitivos que los juristas han querido y construido a través del tiempo. Así, cuando enunciamos "*notorium non eget probatione*" ('lo notorio no requiere prueba') damos muestra clara de que existe *algo* que es público y sabido por todos, por eso es relevante para el derecho, y que por su relevancia estimamos no requiere ser probado en los procesos o procedimientos jurisdiccionales. Esta es, pues, la relación razonada. De igual forma, cuando decimos "*aliquis non debet esse judex in propia causa*" ('nadie debe ser juez en la propia causa'), mostramos que existe un valor, la *rectitud,* que se considera debido establecer en el derecho como relevante, que debe ser seguido por medio de la imparcialidad, particularmente por aquel que ha sido colocado en la posición de juzgador. Esta es una relación razonada que se vincula a la rectitud y que hace que esto sea un principio jurídico.

Dworkin utiliza —entre otros— el famoso caso *Riggs v. Palmer*[25] para mostrar la diferencia entre principios y reglas en el que se falla en apelación no conforme al texto de la ley sino conforme al principio jurídico "nadie puede beneficiarse de su propio delito"; pues de acuerdo con la posición mayoritaria representada por el juez Earl, el nieto —asesino de su abuelo— no debía heredarlo:

> […] el día 13 de agosto de 1880, Francis B. Palmer otorgó su última voluntad y testamento, en el cual asignó pequeños legados a dos de sus hijas, la Sra. Riggs y la Sra. Preston, las demandantes de esta acción, y el restante de la herencia a su nieto, el demandado, Elmer E. Palmer […] el testador, a la fecha del testamento,

[25] El caso fue resuelto en 1889 por el Tribunal de Apelaciones de Nueva York y se encuentra en el volumen 115 del registro de casos del estado de Nueva York a partir de la página 506.

> poseía una granja propia y alguna propiedad personal considerable. Era viudo aunque, con posterioridad, en marzo de 1882, contrajo matrimonio con la Sra. Bresse […] a la fecha del testamento, y hasta la muerte del testador, Elmer convivió con él como miembro de su familia, y a la muerte de aquel tenía dieciséis años de edad. Elmer supo de la disposición hecha en su favor en el testamento y podía evitar que su abuelo revocara tales disposiciones, intención que este último había manifestado hacer. Elmer, para obtener el disfrute rápido y la posesión inmediata de su propiedad, le asesinó intencionalmente mediante envenenamiento.[26]

Así, el principio "nadie puede beneficiarse de su propio delito" contiene establecido un estándar relevante, el *acto lícito,* que es relacionado con el beneficio que hacer lo lícito produce; esta es su relación razonada, pues como lo dice el propio Dworkin:

> […] no queremos decir con ello que la ley nunca permite que un hombre se beneficie de las injusticias que comete. De hecho, es frecuente que la gente se beneficie, de manera perfectamente legal, de sus injusticias.[27]

Como sería el caso —por ejemplo— de la prescripción positiva, en virtud de la cual un bien inmueble poseído de mala fe o por violencia, mediante el transcurso de cierto tiempo, puede ser adquirido.[28]

Ahora bien, el empleo de los principios como relación razonada ha estado presente desde antiguo, pues siempre ha existido la voluntad de vincular ciertos fundamentos, valores, metas, fines u otros estándares que se estiman relevantes a las cuestiones de derecho; dado que así lo va exigiendo la vida en sociedad: vida, libertad, igualdad, trabajo, propiedad, dignidad, salud, un medio ambiente no contaminado, educación, etcétera.

Atienza y Manero, en su obra *Las piezas del derecho*, señalan:

> […] en nuestra opinión, los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con la calificación normativa de una determinada conducta.[29]

Esto muestra que también ellos se dan cuenta de que los principios implican alguna relación. Sin embargo, creo, al marcarlos como normas involucraron a los principios con la idea de hipótesis, que derivó ya propiamente la aplicación normativa al caso en concreto. Por ello llegan a decir:

> […] la diferencia [entre reglas —de acción— y principios —en sentido estricto—] estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras

[26] Roberto M. Jiménez Cano et al.: "Riggs contra Palmer", en *RTFD* (Sentencia), n.º 11, 2007-2008, pp. 363-374.

[27] Dworkin: o. cit., pp. 75-76.

[28] Pueden consultarse los artículos 1144 y 1146 del Código Civil vigente del estado mexicano de Querétaro.

[29] Atienza y Manero: *Las piezas*…, o. cit., pp. 30-31.

> que las reglas lo hacen de forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata solo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas (aunque, desde luego, entre uno y otro tipo de indeterminación puede haber casos de penumbra).[30]

Así, ven los principios como fórmulas normativas que configuran el caso de forma abierta, y así los distinguen de las reglas, que configuran el caso de forma cerrada, o, como dijo Alexy, como reglas que solo pueden ser cumplidas o no, o, como dijo Dworkin, normas aplicables a la manera de disyuntiva.

Pero ver a los principios como norma, en forma horizontal, los priva de su visión original, de su visión vertical, esta idea de lo antiguo, de que son cabeza, de que son el origen o fundamento que tiene una extensión de donde se prende otro algo, la idea de iniciar algo, que los hace ser cimiento o afianzamiento; en fin, de la idea de que tienen inherente un punto de inicio y un nexo con aquello que se pretende sostener o afianzar. Pues si bien los principios —al igual que las normas— son construcciones, difieren de ellas en que estas son construcciones que correlacionan conductas con una consecuencia, mientras que los principios son construcciones que correlacionan un fundamento, valor, meta o fin, o en general un estándar establecido como relevante para el derecho, con aquello que se deba relacionar razonadamente; así que establecen algo esencial y algo relacional, pero se encuentran impersonales hasta que se vinculen en aplicación a una situación o caso.

Mas su existencia no depende de esta vinculación, no depende de su relación horizontal, sino de que los juristas lo han querido y hecho; no para resolver necesariamente un caso en concreto sino porque al haberse estimado relevante para la vida jurídica en razón de su importancia, trascendencia o necesidad social, entonces se han establecido como patrón, como modelo, como meta y por ello sirven no solo para resolver casos o participar directamente en su solución, sino además limitan la obtención de resultados evitando que las normas sean utilizadas para fines distintos de aquellos por los que fueron creadas y que estas se produzcan en sujeción a aquello de lo que derivan en cadena normativa, cumpliendo entonces los principios jurídicos con una doble función: determinan contenido normativo y regulan la aplicación de las normas. Esta es la razón por la que en el caso *Riggs v. Palmer* el juez Earl afirmó:

> […] bajo el derecho de tradición romanística se desarrolló […] por muchas generaciones de jurisconsultos, filósofos y estadistas que alguien no puede tomar propiedad o herencia de un ascendiente o benefactor al cual ha asesinado.[31]

---

[30] Ibídem.

[31] Jiménez Cano et al.: o. cit., p. 368.

Daba así prueba de que ese principio en particular fue construido por juristas a través del tiempo.

Y si hoy en día a partir de las normas se construyen principios por generalización, no hacen más evidente que aquello que ya se encontraba construido y de lo cual originalmente debió haber derivado; *i. e.*, de alguna manera cuando se construye la norma se tienen en mente ciertos principios ya construidos, expresa o implícitamente,[32] pues siempre se quiere relacionar con algo esencial, y esto jurídicamente.

7. Relación entre principios jurídicos y los casos que se someten a consideración de los jueces

Ya se ha sostenido —en un trabajo anterior— que debe abandonarse la clasificación tradicional de *caso fácil* y *caso difícil* y en su lugar acuñar una nueva clasificación que permita ubicar los casos no solo en relación con la ley sino además con los principios. Esta nueva clasificación incluye el *caso igual,* el *caso diferente* y el *caso distinto.*[33]

Se señaló que el *caso igual* es aquel sometido a consideración del juez en el que para su resolución aplica solo la ley —y, por supuesto, lo que de ella deriva, *i. e.*, la jurisprudencia técnica (o, como suele decirse, la interpretación jurídica de la ley) y las sentencias o resoluciones que han dictado las instancias superiores que le sean vinculatorias, así que en este caso estaríamos hablando de todo tipo de normas (normas *lato* y *stricto sensu*).

El *caso diferente* es aquel sometido a consideración del juez en el que para su resolución aplica no solo la ley (en los términos del caso anterior) sino también principios jurídicos.

El *caso distinto* es aquel sometido a consideración del juez en el que para su resolución aplica solo principios jurídicos.

Evidentemente el *caso distinto* ocurre una sola vez, pues al ser resuelto la resolución que este genera forma fuente del derecho en la solución de otros casos, específicamente para el *caso igual* y el *caso diferente,* pero no del *caso distinto,* en el que solo se aplican principios jurídicos.

Esta clasificación tricásica se relaciona con la doble función de los principios jurídicos que ya se ha enunciado, la función determinante del contenido normativo y la función regulatoria en la aplicación de las normas, pues queda de evidente que en el *caso igual* los principios jurídicos exigen de la ley su exacto cumplimiento, en el *caso diferente* buscan equilibrio con la ley, y en el *caso distinto* su plena realización.

---

[32] Atienza: *Tras…*, o. cit., p. 27.

[33] Roberto Islas Montes: "El caso distinto, un caso para el juez constitucional", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2010,* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010

8. Función de los principios jurídicos

En su función *determinante* los principios se aplican para resolver casos, determinan pues ciertas cuestiones para su aplicación aunque sea de manera abierta.[34] En su función *regulatoria* limitan la obtención del resultado, que este se produzca en apego a la ley, *esto es*, que la norma *stricto sensu* sea construida derivativamente de otras normas —*lato* y *stricto sensu*— y que su aplicación quede enmarcada dentro de los fines de las normas de donde se construyó.

Quizás su función reguladora quede de manifiesto cuando al aplicar la ley el aplicador —del poder público— persigue un fin distinto al establecido por ella, con lo que comete un ilícito,[35] no por desviarse de lo que la ley le permite hacer, sino por desviarse del principio jurídico que la regula y limita. Al respecto señalan Atienza y Manero:

> […] la idea de desviación aparece […] como el ejercicio de la competencia para lograr un fin no previsto por el legislador […] existe desviación no solo cuando el fin perseguido es ajeno al interés general (y, por tanto, ilícito, pues la actuación de la Administración, de los poderes públicos, solo se justifica si persigue esa finalidad), sino incluso cuando se trata de fines públicos, fines generales, pero diferentes a los legalmente establecidos.[36]

Es probable que esto quede más claro con un ejemplo. Muchos contribuyentes solicitan devolución de pago indebido por pago excesivo en el entero de sus contribuciones; pagaron de más, y las razones pueden ser diversas. Ahora bien, cierto funcionario público decide que no se devuelvan las cantidades solicitadas por este concepto, a sabiendas de que transcurrido cierto plazo se configurará la resolución negativa —negativa ficta— y los impetrantes tendrán que demandar la nulidad ante la instancia correspondiente a efecto de que por esta otra instancia les sea devuelto lo solicitado. De esta forma, si el importe solicitado es considerable, sin duda alguna que el afectado por la resolución negativa ficta demandará la devolución y su perjuicio será únicamente en tiempo —al retardarse su devolución— y en los gastos por razón del juicio —pues generalmente cuando las autoridades son demandadas no están obligadas a cubrir tales gastos cuando la sentencia no les es favorable—. Si el importe solicitado fue menor, una cantidad pequeña, es probable que el impetrante no pueda demandar la nulidad de la resolución tácita negativa, pues resultarían más onerosos los gastos por el juicio que lo que recibiría por la devolución, además del desgaste que esto implica y el tiempo que conlleva. El punto es que, al dar esa orden el funcionario público, la negativa ficta se estaría utilizando para un fin diferente al legalmente establecido, en este caso con fines recaudatorios, pues no se contestan las solicitudes de devoluciones sabiendo

---

[34] Como lo dicen Atienza y Manero.

[35] El ilícito se actualiza cuando se realiza la conducta prohibida o cuando no se realiza la conducta obligada según lo establecen la Constitución o las leyes (y demás disposiciones normativas secundarias), o bien cuando se viola algún principio jurídico.

[36] Atienza y Manero: *Ilícitos atípicos*…, o. cit., pp. 99 y 109.

que muchos de los que solicitaron la devolución de pago indebido no demandarán la resolución negativa que se configurará por la no contestación, con lo que se viola no la ley, sino el principio jurídico que establece el fin de la negativa ficta.

Con este hipotético ejemplo queda de manifiesto que los principios jurídicos que participaron en la formulación de una ley no son agotados por esta. Por ello queda campo de acción para su aplicación a ciertos casos, entre otros, cuando exista por el aplicador desvío de él o como ya lo he señalado en el *caso distinto.* Falta pues dejar manifiesto la otra parte de la función determinante de los principios jurídicos, a la que me aboco a continuación.

9. Constitución y principios jurídicos

Desde *La teoría pura del derecho* de 1934 y en *La teoría pura del derecho* de 1960, Kelsen expresó la idea de que existe una norma fundante básica *presupuesta* que da validez a todo el sistema normativo:

> […] una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como norma fundante básica (*Grundnorm*). Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo. La norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden. Que una norma determinada pertenezca a un orden determinado se basa en que su último fundamento de validez lo constituye la norma fundante básica de ese orden. Esta norma fundante es la que constituye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de la validez de todas las normas que pertenecen a ese orden.[37]

Me aprovecho de esta idea de Kelsen[38] —y no de la regla de reconocimiento de Hart—[39] porque me interesa resaltar el aspecto formal de la norma fundante básica para señalar que esta norma metajurídica tiene la función de fundamentar la validez objetiva del significado subjetivo de los actos creadores de la Constitución de una comunidad,[40] pues como Kelsen estableció:

> […] la diferencia fundamental es que el *contenido* del orden jurídico positivo es completamente independiente de la norma básica, de la que puede ser

[37] Kelsen: *Teoría pura del derecho*, México: Porrúa, 2007 (1960), p. 202.

[38] Pues como dijo Neil MacCormick, "una versión de una 'teoría de la norma básica' es más satisfactoria que una teoría de una 'regla de reconocimiento' para explicar la unidad de un sistema jurídico en el contexto de un Estado constitucional (*Rechsstaat,* Estado de Derecho)", en Manuel Atienza: "Entrevista a Neil MacCormick", en *Doxa,* n.º 29, 2006, p. 482.

[39] Hart: *El concepto*…, o. cit., pp. 117-137.

[40] Kelsen: "El profesor Stone y la teoría pura del derecho" en *Contribuciones a la teoría pura del derecho,* México: Fontamara, 2003 (1991), p. 66.

> derivada solo la validez objetiva de la norma del orden jurídico positivo, y no el contenido de ese orden.[41]

El caso es que, por lo que hemos desarrollado arriba, resulta ahora evidente que el contenido constitucional queda determinado por los principios jurídicos y otro tipo de estándares o pautas, pues los principios —así establecidos— tienen la función de determinar en gran parte el contenido de la Constitución y de las leyes que de ella —y de los propios principios jurídicos— derivan. Y, por otro lado, tanto las leyes como la Constitución, al derivar su contenido regulativo *cerrado* de principios jurídicos, no terminan por agotar lo que estos establecen en forma abierta, con lo que queda clara su función reguladora. Pues así como sabemos que el contenido de las leyes vigentes de un país de ninguna manera agota el contenido de su Constitución —si no, no se podría explicar la producción continua de nuevas leyes—, de la misma manera el contenido constitucional no agota el contenido de los principios jurídicos de que deriva y que contiene expresa o implícitamente. De esta forma, la validez de la Constitución de un país queda determinada por la norma fundante, y el contenido constitucional, por los principios jurídicos.

[41] Ibídem.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, PP 413-427, ISSN 1510-4974

Norbert Lösing (Alemania)*

Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho

RESUMEN

El principio de separación de poderes está basado en la división funcional de los poderes, la división desde el punto de vista de los órganos y la diferenciación personal entre los miembros que componen cada uno de los órganos que configuran el Estado. Por ello, la independencia judicial depende hasta cierto punto de la acertada transposición de estas bases al diseño legal e institucional. En Alemania, el artículo 97 de la Ley Fundamental es la denominada *columna vertebral* de la independencia de los jueces. El ordenamiento secundario en dicha materia, en cambio, es bastante deficitario. Pero la independencia no proviene solo del diseño legal e institucional que se adopte. Fuente clave de la independencia es la autoestima del juez. Este debe ser "libre, soberano y orgulloso". Es un juez que en la audiencia discute abiertamente con las partes, participa en el esclarecimiento de los hechos que deberá juzgar, intenta conciliar, explica su visión de los hechos, su valoración de las pruebas, adelanta opiniones, pondera los argumentos y, finalmente, fundamenta sus decisiones. Es un juez que puede ser evaluado por las partes y el público de la audiencia. Esto permite afirmar que la independencia del Poder Judicial en Alemania es deficitaria, mientras que la independencia de los jueces es una realidad.

Palabras clave: administración de justicia, actuación de los jueces, iuspositivismo, separación de poderes, ordenamiento jurídico nacional, control constitucional, Ley Fundamental de Bonn, Alemania.

ZUSAMENFASSUNG

Dem Grundsatz der Gewaltenteilung liegt die funktionale Trennung der Gewalten, die Trennung aus der Sicht der Organe und die Unterscheidung zwischen den Personen, die den einzelnen, den Staat bildenden Organen angehören, zugrunde. Die Unabhängigkeit der Justiz hängt daher bis zu einem gewissen Grad von der angemessenen Übertragung dieser Grundlagen auf die gesetzliche und institutionelle Ausgestaltung ab. In Deutschland bildet Artikel 97 des Grundgesetzes das sogenannte "Rückgrat" der richterlichen Unabhängigkeit. Dagegen lässt die nachgeordnete Regelung auf diesem Gebiet zu wünschen übrig. Die

* Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn. Abogado en el bufete Sieper & Lösing en Lüneburg (Alemania). Miembro honorario de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional y miembro de la directiva de la Asociación de Juristas Argentino-Germana. ‹rae@Sieper-Loesing.de›

Unabhängigkeit ergibt sich allerdings nicht ausschlieblich aus der gewählten gesetzlichen und institutionellen Ausgestaltung. Eine entscheidende Quelle der Unabhängigkeit ist das Selbstverständnis des Richters. Dieser soll "frei, unabhängig und selbstbewusst" sein. Ein solcher Richter diskutiert in der Verhandlung offen mit den Prozessparteien, beteiligt sich an der Aufklärung der Ereignisse, über die er urteilen soll, versucht Vergleiche herbeizuführen, legt seine Sicht der Ereignisse und seine Bewertung der Beweise dar, trägt Meinungen vor, wägt Argumente ab und begründet schlieblich seine Entscheidungen. Es handelt sich um einen Richter, der von den Prozessparteien und der Öffentlichkeit bei der Verhandlung beurteilt werden kann. Somit lässt sich feststellen, dass die Unabhängigkeit der Justiz in Deutschland Mängel aufweist, während die Unabhängigkeit der Richter eine Tatsache ist.

Schlagwörter: Ausübung der Rechtsprechung, richterliche Amtsführung, Rechtspositivismus, Gewaltenteilung, nationale Rechtsordnung, Normenkontrolle, Bonner Grundgesetz, Deutschland.

ABSTRACT

The separation of powers principle is based on a functional division of powers, a division into organs and the personal differentiation of the members of each organ of the State. Therefore, judicial independence is in some degree dependent on the adequate transposition of these concepts to the legal and institutional framework. In Germany, article 97 of the Basic Law is the so-called *backbone* of judicial independence. The secondary norms on the subject are quite inadequate. Independence, however, does not only stem from legal and institutional design. A key source of independence is each judge's own self-esteem. A judge must be *"free, proud and sovereign"*. In a hearing, this type of judge engages in open discussion with the parties, is involved in elucidating the facts upon he will have to decide, tries to achieve conciliation, explains his views of the facts and his assessment of the evidence, provides his opinions, considers the arguments and finally gives the legal reasons for his decisions. This judge can be evaluated by the parties and by the all the people in the courtroom. So it can be asserted that the independence of the German Judicial Power is inadequate, whereas the independence of individual judges is a reality.

Keywords: administration of justice, judicial action, legal positivism, separation of powers, national legal system, constitutional control, Basic Law for the Federal Republic of Germany, Germany.

1. Introducción

Según el principio de independencia judicial, las constituciones surgidas en la Ilustración solicitaban una liberación de la actuación de los jueces de toda dependencia u obstáculo, externo o interno, que pudiera supeditarla a elemenos ajenos al derecho. Detrás de este criterio de actuación late el derecho de los ciudadanos a ser juzgados exclusivamente desde parámetros jurídicos, y concretamente desde el ordenamiento jurídico positivo y común en el que se inscriben sus actuaciones en cuanto ciudadanos.[1] El derecho de cada ciudadano de acudir ante un tribunal independiente,

[1] Ricardo Pinilla Burgos: "Autonomía moral e independencia judicial. Consideraciones a partir de Kant", en Miguel Grande Yáñez (coord.): *Independencia judicial: problemática ética*, Madrid: Dykinson, 2009, p. 20.

imparcial y legal, consagrado en el artículo 14 del Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en instrumentos regionales como la Convención Europea de Derechos Humanos (en esta, artículo 6) refleja la importancia del Poder Judicial dentro de la ingeniería del Estado de derecho. Es una realidad universalmente reconocida que solo la existencia de tribunales imparciales e independientes puede garantizar, en último término, el respeto a las leyes y el imperio de la justicia. Se justifica por ello la afirmación, de que la vinculación entre derechos individuales y separación de poderes que realizó el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, no fue en absoluto casual.[2]

Como bien indica Wolfgang Heyde, qué materialidad tengan en un sistema político la justicia, el derecho y la libertad no es inferible solamente de las normas y garantías de la Constitución. La fuerza real del derecho, el grado de justicia, libertad y orden, de amparo y fomento que puede brindar, depende de la forma y manera de materializar el derecho por los operadores jurídicos.[3]

Por ello el análisis de las normas y garantías de la Constitución y de la legislación derivada relativas a la organización, estructura, función y operacionalidad del Poder Judicial no puede ser más que un punto de partida, eso sí, imprescindible, para apreciar la realidad de ese poder dentro de un Estado concreto. Específicamente, la independencia del juez no se agota en aspectos administrativos, fiscales y estructurales. Un juez independiente también tiene cierta independencia en sus criterios. Es libre de formarlos y utilizarlos al interpretar y aplicar la ley. Adicionalmente la realidad social dentro de la cual se desenvuelve el Poder Judicial tiene una gran influencia sobre su organización y funcionamiento.

Para el caso alemán, López Pina menciona de forma acertada la crónica *impotencia de los alemanes para resolver políticamente sus problemas*, que llega a la paradoja de acudir al Tribunal Constitucional para que defina la política exterior o la intervención militar.[4] Efectivamente, esta crónica impotencia de solucionar problemas políticamente conduce a la necesaria juridificación de las actuaciones de los poderes públicos y de la sociedad en general. También el ciudadano alemán confía en sus jueces y acude a ellos para que solucione sus conflictos con el Estado o con otros ciudadanos.

Esta "idiosincrasia" del pueblo alemán puede, hasta cierto punto, explicar por qué Alemania es uno de los países con más jueces per cápita del mundo. Por qué solo en la Corte Suprema Federal de justicia ordinaria trabajan 126 magistrados titulares en doce senados de derecho civil y cinco senados de derecho penal (incluyendo jueces de control de la investigación). Puede dar una idéa de por qué también en la actualidad tenemos normas y reglas en materias que en otros países no precisan de una regulación por

---

[2] Francisco Tomás y Valiente: "De la Administración de Justicia al Poder Judicial", en *Jornadas sobre el Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución francesa,* Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, col. Cursos, vol. 5, 1990, p. 22.

[3] Wolfgagn Heyde: "La jurisdicción", en E. Benda, W. Maihofer, J. Vogel, C. Hesse y W. Heyde: *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 768.

[4] Antonio López Pina: "La dogmática alemana, punto de partida de una teoría del derecho público. Prolegomena a la edición española", en E. Benda, W. Maihofer, J. Vogel, C. Hesse y W. Heyde: *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. XXV.

el legislador. Finalmente, puede dar una orientación de por qué solo en materia civil ingresan en los tribunales de primera instancia cada año más de 1.850.000 casos. En resumidas cuentas, se diría que los alemanes todavía necesitamos una autoridad que nos diga, o al menos confirme, lo que es correcto y nos obligue a cumplirlo.

Por el otro lado, esta situación ha contribuido a que la cultura jurídica alemana es, para seguir con las palabras de López Pina:[5]

> Identificable entretanto con una ambiciosa y por demás elaborada construcción que comprende la garantía, sea como derechos subjetivos sea como normas o principios objetivos, de los derechos fundamentales, los efectos de los mismos en las relaciones entre particulares, la presencia de normas definidoras de las tareas del Estado, la procura existencial y la garantía de las condiciones materiales de existencia en la totalidad del territorio, la traducción del principio de solidaridad en términos financieros, el principio de lealtad federal, en fin, la plena juridificación de las actuaciones de los poderes públicos.

Siendo las cosas como son, no sería menos que una catástrofe si nuestros jueces no fueran independientes. Igualmente sería una catástrofe si solo fueran la boca que pronuncia la ley, distantes de la realidad social, sin una sólida base de valores democráticos y sin intuición para la aplicación correcta de los preceptos legales a los casos concretos.

2. Iuspositivismo y iusnaturalismo, su influencia sobre la independencia y función del juez

Según César Landa, para el caso peruano:

> Se puede señalar que el origen de las crisis en que yace el sistema jurídico peruano caracterizado en última instancia por la falta de confianza ciudadana en el Estado de derecho, radica en el fracaso del positivismo jurídico. Por cuanto, este ha pretendido ser una ciencia jurídica a-valorativa, sometida a la legalidad formal; excluyendo los valores democráticos que le dieron origen y legitimidad al Estado de derecho. En este sentido, el sistema jurídico peruano, sobre la base del principio de legalidad positivista, ha servido tanto a gobiernos democráticos como a dictaduras. Pero, sin lograr ponerlo al servicio del desarrollo humano, de la eficiencia del Estado para promover la justicia, la libertad e igualdad entre los ciudadanos.[6]

---

[5] Ibídem, p. XXVI.

[6] César Landa: *Poder judicial y tribunal constitucional: independencia y control de poderes,* inédito, Lima, 2009.

Naturalmente, el juez debe estar sometido a la ley, pero en su interpretación hasta cierto punto debe ser independiente de criterios impuestos y no puede estar reducido a una aplicación o interpretación avalorativa de las leyes. Al contrario, el deseo de pacificar realmente un conflicto y de ser justo debe abrirse camino al interpretar una ley. Por ello, tiene poco sentido querer reducir *in extremis* al juez en su uso del sano criterio por vía de exigencias formales o instrumentos como, por ejemplo, la prueba tasada (lo que impide una libre apreciación de la prueba por el juez, que solo estaría limitada por las reglas de la lógica y la experiencia). El compromiso difícil entre el sometimiento a la ley, por un lado, y la libertad de utilizar el criterio propio en su interpretación y aplicación, por el otro, es el ideal de la independencia del juez. Ni un iuspositivismo acentuado ni un (supuesto) iusnaturalismo exagerado pueden sostener el compromiso.

La docilidad del pueblo alemán y la prioridad que, según Stefan Zweig, le dio al orden frente a la libertad se basan en el iuspositivismo que reinaba en Alemania hasta fines de la República de Weimar, es decir, hasta 1933. Esto empezó a cambiar cuando surgió una desconfianza hacia el legislador y hacia la ley, desconfianza que en los inicios del liberalismo y constitucionalismo se dirigía, siguiendo los planteamientos de Montesquieu, más bien contra el juez y no contra el legislador. Esta desconfianza surgió por la posición histórica del juez como servidor del monarca en un Estado absolutista. Por ello, los esfuerzos revolucionarios se concentraban no solo en independizar al juez del monarca, sino en amarrar al juez a la ley y convertirlo, según el ideal de Montesquieu, en un simple aparato de subsunción —"*la bouche qui prononce les paroles de la loi*"— y el Poder Judicial así "*en quelque façon nulle*". La ley dictada por un Parlamento electo era la Magna Carta de la Libertad; el juez, solamente su obediente servidor y ejecutor.

Esta es la base sobre la cual nació el iuspositivismo, con su visión de equivalencia entre la ley y la justicia. Una visión que, en , ha causado en cierto grado una ceguera de la sociedad y de los jueces frente a la injusticia en forma de ley (independientemente de que el iuspositivismo en su punto de partida no niega las condiciones éticas y morales del derecho).

Otro problema acarreado por un iuspositivismo exagerado es la asfixiante formalización de los procedimientos judiciales, hasta tal punto que el camino para determinar los hechos sobre los cuales habrá de juzgar el juez se convierte en un campo minado en el cual las formalidades pueden terminar reventando la mejor de las disposiciones para evaluar y solucionar un conflicto. Las exigencias formales en dichos casos no se introducen como garantías de un proceso justo y trasparente, sino como un yugo para los jueces y las partes y como obstáculos al desarrollo fluido de los procesos.

Quien conoce al clásico Gustav Radbruch de antes de la Segunda Guerra Mundial, el autor de *Introducción al derecho* (*Einführung in die Rechtswissenschaft*) de 1910, de *Principios de la filosofía del derecho* (*Grundzüge der Rechtsphilosophie*) de 1919 y de *Filosofía del derecho* (*Rechtsphilosophie*) de 1932, conoce los poderosos argumentos esgrimidos por este extraordinario jurista a favor del positivismo y la seguridad jurídica. Quien ha seguido la trayectoria de Radbruch después de la guerra observará una

evolución que no puede ser más elocuente e instructiva. En su obra *Preparación de la filosofía del derecho* (*Vorschule der Rechtsphilosophie*), de 1947, Radbruch reconoce que el positivismo, al privar de armas al derecho natural y desacreditarlo en las universidades alemanas, dejó indefensos los espíritus ante la acometida ideológica del nazismo. En uno de sus más famosos escritos de circunstancias, en el que más radicalmente rompe su pasado relativista, titulado *Injusticia legal y derecho supralegal* (*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*), que es un verdadero manifiesto de nueva filosofía, plantea crudamente el problema de la quiebra del positivismo, en su forma estatal (principio del Führer) como en la normativa. Situado en un terreno pragmático y neutro, en la posición ideal del juez que se ve obligado a escoger entre la noción lejana de la justicia (*Gerechtigkeit*) y otra inmediata, la de la seguridad jurídica (*Rechtssicherheit*), el antiguo ídolo del radbruchismo le atribuye una obligación inexcusable de conciliación; pero al fin, en la hipótesis de una imposibilidad absoluta, en que la ley positiva se hace insoportable, la idea de justicia debe prevalecer. Un mes antes de su muerte, en el artículo "El Tribunal Supremo y la política" ("Das Reichsgericht und die Politik"), en que se discute la reforma judicial alemana de la posguerra, Radbruch rompe con ancestrales prejuicios del formalismo kantiano y proclama que el "juez ideal" debe ser hombre (en el sentido de ser humano) y hasta hombre de Estado, en contacto con la vida humana y sus realidades, no esclavo de la norma, como pretendió el positivismo.

Otro catedrático de la época, Heinrich Mitteis,[7] todavía bajo la impresión del régimen nazi, estigmatizó el positivismo como el "peor abuso del pensamiento jurídico que conoce la historia del derecho alemán y que el pueblo alemán ha padecido".

> Su aparente dogmatismo no es en el fondo otra cosa que "nihilismo" de la peor especie, que al no conocer ninguna medida de valores lo reduce todo a lo formal y a la plena arbitrariedad del Estado. No es este el gran valor supremo en lo humano, pues tal jerarquía pertenece solo a la personalidad. La salvaguardia de dicho valor y de su externa manifestación, que es la dignidad humana, es el objetivo primordial de la justicia.

Traduciendo los precedentes conceptos al derecho, Mitteis reserva a la ley el calificativo de *derecho aparente* (*Scheinrecht*) y a la justicia el de *derecho válido* o efectivo (*geltendes Recht*). La forma de expresión del primero es el derecho positivo, y la del segundo el derecho natural. El juez, según Mitteis, no puede desconocer ni uno ni otro, y siempre le sirve lo positivo como instrumento normal de trabajo y presunción (*Vermutung*), pero en el caso de grave y evidente colisión entre ambos es la ley la que debe perecer para que la justicia se salve.[8]

Pero la resurrección del iusnaturalismo de por sí no garantiza que el juez siempre persiga lo que realmente es justo. Las acusaciones justificadas al nazismo de haber aprovechado el tecnicismo positivista no pueden ser vistas de forma aislada, ya que se

---

[7] H. Mitteis: *Über das Naturrecht,* Akademische Akten, Heft 26, Berlín, 1948.

[8] Véase al respecto A. Quintano Ripollés: "Filosofía y ciencia del derecho alemanas de la trasguerra", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* Madrid, febrero de 1951, p. 10 ss.

utilizaron continuamente locuciones y consignas del más puro sabor iusnaturalista, tales como "el sano sentido popular", "el espíritu del pueblo" o "el instinto alemán de justicia" para justificar las más graves atrocidades. Desgraciadamente, este recurso a locuciones *iusnaturalistas* surge en todos los gobiernos populistas, autoritarios y totalitarios en los momentos en los cuales ni las propias leyes dictadas a la medida pueden justificar suficientemente sus actuaciones.

Adicionalmente, ni el más puro iuspositivismo en la realidad ha reducido al juez a la figura descrita por Montesquieu del juez como instrumento que únicamente pronuncia las palabras de la ley, de un ser inanimado que no puede moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes. En efecto, que el juez esté subordinado únicamente a la ley en la realidad social ha resultado ser una ficción. Una ficción porque ya la interpretación de una ley es en cierto modo una "configuración personal" de la norma y en cualquier valoración del juez se refleja su propia comprensión del ordenamiento jurídico. Una ficción también porque, a pesar de la inflación legislativa, no todo está regulado en una norma y existen amplias lagunas legales dentro de las cuales los jueces están llamados a ser configuradores o creadores de derecho. Para ello necesitamos jueces independientes y con criterio.

3. El principio de separación de poderes y la teoría del ámbito nuclear (Kernbereichstheorie)

La doctrina alemana distingue tres planos en torno al principio de separación de poderes, que son:

- la división funcional de los poderes (*funktionale Gewaltenteilung*);
- la división desde el punto de vista de los órganos (organisatorische Gewaltenteilung);
- la diferenciación personal entre los miembros que componen cada uno de los órganos que configuran el Estado (Inkompatibilitäten).

En este contexto el Tribunal Constitucional Federal[9] ha sostenido que el artículo 20, § 2, de la Ley Fundamental regulador del principio de la división de poderes, exige, por un lado, que la función jurisdiccional sea ejercida a través de órganos especiales del Estado diferentes a los órganos que ejercen el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo y, por otro, que la neutralidad judicial no pueda ponerse en cuestión a través de una vinculación personal entre los sujetos que ejercen la justicia y aquellos que ejercen la legislación y la ejecución.[10]

El principio de separación de poderes exige que cada uno de aquellos que lo configuran tengan atribuido un determinado núcleo funcional (*Kernbereich*) en el que no sean permisibles intromisiones de terceros.

[9] BVerfGE 14, 56 (67f.); 18, 241 (254); 27, 312 (321).

[10] María Luz Martínez Alarcón: *La independencia judicial*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Cuadernos y debates 159, 2004, p. 44.

Pero la independencia judicial no proviene (solo) del diseño legal e institucional que se adopte, sino en primer lugar de la conciencia del propio juez.

4. El juez independiente como núcleo del Poder Judicial

Para poder determinar cuál es la función del Poder Judicial en un Estado de derecho es imprescindible analizar cuál es la visión del juez como sujeto conformador del Poder Judicial y cómo se refleja dicha visión en el ordenamiento legal. Asimismo puede ser ilustrativa una comparación entre dos visiones distintas, como, por ejemplo, la venezolana y la alemana.

4.1. La base constitucional

En Alemania, el artículo clave es el artículo 92 de la Ley Fundamental:

> Se confía a los jueces el Poder Judicial. Es ejercido por el Tribunal Constitucional federal, los tribunales federales previstos en la Ley Fundamental y los tribunales de los Länder.

Ya la selección de la terminología usada refleja que la magistratura gozará de una posición de excelencia en el Estado de derecho diseñado por la Ley Fundamental. En Venezuela, por ejemplo, el artículo 253 párrafo 2 de la Constitución Bolivariana, en cambio, no coloca al juez en el núcleo de su fórmula al prever que "Corresponde al los Órganos del Poder Judicial […]". Obviamente, en la Ley Fundamental de Bonn no se trata del juez definido por Montesquieu, sino de un juez al cual se le *confía* un poder. Un poder, que puede y debe ejercer de forma independiente e imparcial. Para ello, el artículo 97 de la Ley Fundamental determina:

> 1. Los jueces son independientes, estando sometidos únicamente a la ley.
> 2. Los jueces de carrera con mandato vitalicio no podrán ser separados, suspendidos temporal o permanentemente, trasladados o jubilados contra su voluntad, salvo decisión judicial y por las razones y en la forma determinadas por las leyes. La ley puede fijar limitaciones de edad, jubilándose los jueces de mandato vitalicio al alcanzar tal edad. En caso de reforma de la organización administrativa de los tribunales o de las demarcaciones judiciales, los jueces pueden ser trasladados a otro tribunal o separados de su función, pero continúan percibiendo íntegramente su retribución.

En Venezuela el artículo 254 de la Constitución Bolivariana dispone la independencia del Poder Judicial (no de los jueces) y el artículo 256 contiene las obligaciones del juez de mantener su independencia, incluyendo la poco común prohibición de realizar un activismo gremial. Esto se puede explicar con experiencias propias de huelgas en

el Poder Judicial venezolano, pero impide también actividades de formación entre los jueces mismos y participación en organizaciones como, por ejemplo, Jueces para la Democracia.

La imperiosa necesidad de independencia del juez y con el del Poder Judicial comporta una rigurosa separación entre el Poder Judicial y los otros dos poderes, prevista en Alemania en el artículo 20, § 2, de la Ley Fundamental.

> Todos los poderes del Estado emanan del pueblo. Estos son ejercidos por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por medio de los especiales órganos de legislación, del poder ejecutivo y de la jurisdicción.

En Venezuela una cláusula similar se encuentra en el artículo 253, § 1, de la Constitución. A pesar de ello, el artículo 265 permite la remoción de jueces (y otros funcionarios) por la Asamblea Legislativa con una mayoría calificada de votos. Incluso se ha esgrimido la posibilidad de la revocación del nombramiento con una mayoría simple, lo cual genera una dependencia obvia de los jueces de las mayorías de turno.

El artículo 20, § 3, de la Ley Fundamental alemana, al someter a los poderes del Estado al derecho, conforma lo que se ha denominado el *núcleo del Estado de derecho.*

> El legislador está sometido al orden constitucional, el poder ejecutivo y la jurisdicción a la ley y al derecho.

Este sometimiento de todos los poderes al derecho, aparejado con la función de control confiada a los jueces, es lo que determina la importante posición del juez dentro del engranaje del Estado de derecho en Alemania.

4.2. El sometimiento al derecho y las consecuencias en la búsqueda de la justicia material

Igualmente, el sometimiento del juez no solo a la ley, sino también al derecho, conlleva exigencias especiales en muchas áreas. Un papel importante en relación con la función del juez lo desempeñan, por ejemplo, los derechos procesales y los conceptos en los cuales están basados. En Venezuela, esto se refleja en el artículo 257 de la Constitución Bolivariana, que define varios puntos del debido proceso. Naturalmente, la idea es que el derecho positivo y la justicia material vayan de la mano. Si en algunos casos extremos puede ser necesario acudir al derecho natural para lograr la prevalencia de la justicia material, por regla general y dentro del marco del derecho positivo, siempre es necesario que el juez tome su decisión basada en hechos sobre los cuales esté bien informado y cuyos datos equivalgan a la verdad. Como es conocido, el fin del proceso penal es el esclarecimiento de la verdad. Solo si el juez es capaz de lograr este fin, su decisión podrá ajustarse al derecho y a la justicia material. Esto es válido también en el derecho civil. El concepto del derecho procesal civil en Alemania exige un juez activo, director del procedimiento y casi tutor de las partes.

La Ordenanza Procesal Civil de 1877 refleja la influencia del proceso civil francés, tal como fue recibido en el Reino de Hannover en 1850. En su versión inicial, la ordenanza estaba impregnada de una concepción liberal del Estado. Según esta, el desarrollo del procedimiento era responsabilidad de las partes y el tribunal simplemente una instancia juzgadora pasiva y neutral. Esta concepción implicaba en la práctica a una dilación insoportable de los procesos y de hecho puede ser calificada como un fracaso. Desde la aparición de la Ordenanza Procesal Civil austríaca de 1895, en Alemania encontró eco la idea de que la protección judicial efectiva —también en materia civil— es una tarea común. Se trasladó entonces parte de la responsabilidad para el curso formal del proceso y su finalización con una decisión adecuada al juez. En las reformas subsiguientes se redujo la libertad de disposición de las partes sobre el curso del proceso, se fortaleció la dirección del proceso por el juez o el tribunal, se concentró el procedimiento, se reguló la inmediatez del recibimiento de las pruebas y el deber de veracidad de las partes. La tendencia a fortalecer la dirección del proceso por el juez o el tribunal se ve claramente reflejada también en la última reforma a la Ordenanza Procesal Civil. Los § 139 y 142 ZPO aumentaron las obligaciones del juez de adelantar opiniones y dar indicaciones a las partes durante el curso del proceso.

En síntesis, se puede afirmar que, aunque no se ha dejado caer el principio de disposición de las partes, la posición del juez ha sido continuamente fortalecida. Él dirige el procedimiento, conjuntamente con las partes trata de esclarecer los hechos, da indicaciones allí donde, en su opinión, las partes tienen que ofrecer argumentos o pruebas y adelanta opiniones para avisar a las partes en qué dirección piensa decidir. La dirección del proceso por el juez, ya sea en derecho civil o en otras áreas, es clave para el resultado.[11] En Alemania nos hemos decidido por un juez activo, imparcial pero informador respecto a la formación de su convicción dentro de un proceso. La intención es que el juez pueda tomar una decisión de fondo, y solo en pocos casos se retire a decidir sobre la forma sin solucionar el conflicto en sí.

5. El "milagro" del funcionamiento de la justicia y de la independencia del juez

El jurista y periodista Heribert Prantl ha analizado la situación de la independencia judicial en Alemania, en especial con relación a la independencia administrativa y presupuestaria del Poder judicial. El resultado de la investigación lo resumió en las primeras dos frases de su artículo[12] publicado en 2006:

> No es verdad que no existan milagros. ¡El funcionamiento del Poder judicial es todo un milagro!

[11] Norbert Lösing: "La oralidad en el nuevo derecho procesal civil alemán", en *Revista Jurídica ABZ*, año 7, junio del 2002, Morelia (México), p. 52.

[12] Heribert Prantl: "Die Entfesselung der dritten Gewalt", en *Süddeutsche Zeitung,* n.º 81, 6 de abril de 2006, p. 28.

Es un milagro porque funciona a pesar de que el Ejecutivo tiene injerencia en la selección de los jueces. Funciona aunque el equipamiento técnico es lamentable. Funciona aunque la organización y el funcionamiento de los tribunales están en manos de la administración (Poder Ejecutivo) y no de los jueces. Y funciona a pesar de que el presupuesto es administrado por un Ministerio de Justicia y solo la Corte Constitucional Federal tiene un presupuesto propio. Funciona a pesar de que la estructuración del Poder Judicial y la regulación de la remuneración de los jueces provienen, sin grandes cambios, desde la época guillermina. Y funciona, en opinión de Prantl, porque la independencia judicial prevista en el artículo 97 de la Ley Fundamental hace libres, soberanos y orgullosos a los jueces.

Esto sin duda es importante, pero no suficiente para explicar el funcionamiento y sobre todo el hecho de que los jueces realmente *vivan* su independencia. En mi opinión, es la decisión a favor de un juez activo, que durante el procedimiento judicial va indicando y explicando el proceso de la formación de convicción del tribunal, la que ha creado un tipo de juez específico. Es un juez que en la audiencia discute abiertamente con las partes, actúa en el esclarecimiento de los hechos que deberá juzgar, intenta conciliar, explica su visión de los hechos, su valoración de las pruebas, adelanta opiniones, pondera los argumentos y, finalmente, fundamenta sus decisiones. El debate y la dirección del procedimiento en la audiencia pública y oral lo convierten en "el juez al cual se la ha confiado el Poder Judicial", que puede ser observado y cuya actuación puede ser valorada por el público de la audiencia.

El artículo 97 de la Ley Fundamental es la denominada *columna vertebral* de la independencia de los jueces en Alemania. Pero el hecho de que se declare la independencia de los jueces en la Constitución no significa automáticamente, que los jueces realmente actúen de forma independiente. En definitiva, de la conciencia del juez mismo depende actuar con verdadera independencia. Es, hasta cierto punto, la autoestima del juez la que le ayuda a mantener su independencia a pesar de las presiones que en ciertos casos pueda sufrir por la política o la opinión pública. Los jueces en Alemania gozan de gran prestigio. Esto los compromete a cumplir con sus obligaciones y actuar de forma independiente, para no perder esa aceptación y ese reconocimiento de los ciudadanos alemanes.

6. ¿Gobierno de los jueces?

La Ley Fundamental ha depositado amplias competencias en manos de los jueces, las que han llevado a la ya mencionada juridificación de la vida pública en Alemania. Ningún otro país del mundo ha otorgado tanto poder a sus jueces y a sus tribunales, especialmente a la Corte Constitucional Federal. Ningún otro país ha reducido tanto el espacio político por vía de la jurisprudencia. La pregunta ahora es: ¿ha hecho bien el constituyente alemán en depositar tanto poder en manos de los jueces? Sin duda, el poder de los jueces es una respuesta alemana a una época sin derecho. Pero esta experiencia no es la única explicación. Ya en 1959, Otto Bachof analizaba en su ensayo

titulado *Ley Fundamental y el poder de los jueces* (*Grundgesetz und Richtermacht*)[13] cuál es la razón por la cual el constituyente ha depositado en los jueces tanto poder. El resultado de su análisis es el siguiente:

> El poder de los jueces ha aumentado porque la función de la ley ha cambiado.

En efecto, en la dialéctica de Montesquieu "la ley era razón humana redactada", una convicción que ha prevalecido, con cierta razón, hasta finales del siglo XIX. Por un lado porque la ley era efectivamente una regla general y abstracta para el comportamiento humano hecha a largo plazo. Por otro, porque el traspaso del poder legislativo de monarcas absolutistas a un cuerpo electo, muchas veces dividido en dos cámaras y en algunos casos todavía con la participación del monarca, parecía garantizar de la mejor forma que una ley realmente fuera justa y equitativa. Después de las dos guerras mundiales, la ley ha sufrido un cambio en su función. La ley ya no es tanto un acto de regulación abstracta del comportamiento humano a largo plazo, sino más bien un acto de orientación política que persigue un fin concreto y en muchos casos cortoplacista. ¿Qué tiene que ver una ley de fomento de la pesca del arenque mediante la subvención del gasoil con una ley en el sentido clásico? Aunque también estos actos legislativos no están libres de valores, no son estos los que se encuentran en primer plano. En primer plano está el deseo de realizar un fin político. La ley se emplea para fomentar o para restringir intereses especiales.

Adicionalmente, parece que el ritmo cada vez más rápido de los cambios legislativos tiene consecuencias en parte nefastas sobre la calidad de la legislación. Por ejemplo, entre 1977 y 1986 se modificaron 6.800 disposiciones de la Ley sobre los Seguros Médicos (SGB V). A pesar de ello, esta ley sigue siendo constante objeto de discusión política y debates de reforma. La Ley de Fomento del Trabajo fue novelada nada menos que 45 veces en los primeros cinco años de su vigencia (entre 1997 y 2002). La ya existente inflación legislativa conduce a otros problemas, que hacen perder la orientación no solo al legislador, sino también a los otros operadores de la justicia. Así, el deseo del legislador de igualar las condiciones de las parejas de hecho del mismo sexo al del matrimonio ha hecho necesario modificar de 61 leyes y decretos, entre ellos no solo disposiciones del Código Civil en materia de derecho de familia o de sucesiones o las leyes de nacionalidad y extranjería, sino también otras tan remotas como la Ley Federal de Pequeños Jardines (*Bundeskleingartengesetz*), la Ley de Leche y Margarina y la Ley de Profesores de Autoescuelas.[14] Como medio en broma manifiesta Udo Steiner, exmagistrado de la Corte Constitucional Federal, "la Corte está a la espera de que alguien acuda a ella con el argumento de que el legislador tenía que haber modificado 62 y no solo 61 leyes".[15]

---

[13] Otto Bachof: "Grundgesetz und Richtermacht", en *Wege zum Rechtsstaat*, Königstein im Taunus, 1979, pp. 172 ss.

[14] Ejemplos en Udo Steiner: "Regieren Richter die Deutschen?", en *Anwaltsblatt* 12/2004, pp. 673 ss.

[15] Ibídem, p. 675.

En este panorama, no parece extraño que también el ciudadano alemán haya perdido su tradicional confianza en la ley. Esta pérdida de confianza se ve reforzada por los cambios que ha sufrido el Parlamento en su propia posición y estructura. En los inicios del parlamentarismo los representantes del pueblo eran personalidades sobresalientes e independientes, pero ahora el mandato del diputado depende de su vinculación a cierto partido. La desaparición de elementos de contrapeso (en algunos casos de la segunda cámara) puede llegar hasta un absolutismo de la mayoría parlamentaria (en Alemania amortiguada por el sistema federal y la participación en algunos casos casi asfixiante del Consejo Federal en la legislación federal).

Esta evolución, en parte irremediable, llama a la creación de un contrapeso, de un poder que al menos esté en condiciones de hacer cumplir los valores superiores del derecho y de la Constitución y así reordenar en cierto modo el laberinto legislativo. Este contrapeso solo puede ser el juez. El ya citado Udo Steiner se atreve a formular la tesis de que el fortalecimiento del Poder Judicial en Alemania es correlativo al descenso de la calidad legislativa, a pesar de que dicha calidad siempre ha sido criticada. A Otto Von Bismarck, por ejemplo, se le atribuye la recomendación de que quien ame las salchichas y las leyes alemanas mejor nunca observe cómo se hacen.

Podemos concluir que la creciente desconfianza en la ley tiene como contrapeso el recurso a un Poder Judicial fortalecido y dotado con amplias facultades de control. No parece extraño que en Alemania el Poder Judicial, en especial el Tribunal Constitucional, haya "corregido" más de 500 leyes y ordenanzas desde 1951 hasta la fecha (sin contar aquellas leyes a las cuales les han sido aplicados los "primeros auxilios" en forma de así denominada *interpretación conforme a la Constitución,* una interpretación que hace aparecer una ley todavía conforme a la Constitución). Parece entonces justificado hablar hasta cierto punto de un cogobierno de los jueces, especialmente de los magistrados del Tribunal Constitucional.

En su famosa controversia con Hans Kelsen, Carl Schmitt sostuvo la tesis de que el jefe de Estado es más idóneo que un tribunal para la defensa de la Constitución. Schmitt retomaba así las reservas expresadas en Francia después de la Revolución contra "un gobierno de los jueces" al afirmar:

> Una expansión sin inhibiciones del Poder Judicial no transformaría el Estado en administración de justicia, sino que, a la inversa, convertiría los tribunales en instancias políticas. No se juridificaría la política, sino que se politizaría la justicia. Justicia constitucional sería, pues, una contradicción en si misma.[16]

La misma experiencia durante la República de Weimar, donde el jefe de Estado era, según el concepto constitucional, "el guardián de la Constitución" y en la realidad resultó ser el "sepulturero de la Constitución", parece desarticular la argumentación de Schmitt.

[16] Carl Schmitt: "Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung", en *Verfasssungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, 1973, p. 98.

También Wilhelm Wengler ha analizado de forma contundente por qué el carácter político de un acto no excluye la posibilidad de someterlo a un escrutinio o análisis jurídico y por qué los efectos políticos de una resolución judicial no despojan a esta de su carácter jurídico.[17] Tampoco es concebible, como bien indica Francisco Fernández Segado, una justicia constitucional apartada de la realidad social y del dinamismo político dentro del Estado.[18] Helmut Simon incluso habla de que "pierde sentido el dudoso intento de separar tajantemente derecho y política".[19]

Habiendo aceptado que el derecho político de la Constitución es accesible a una interpretación jurídica, la lógica consecuencia es que dichas resoluciones son necesariamente "políticas", en el sentido de que tienen efectos políticos. Corresponde al derecho constitucional una doble función: primero como pauta para una continua aproximación a la justicia y la libertad y, a la vez, como protección contra la vulnerabilidad del individuo en una época de cambio. Al ser el parámetro de control de la justicia constitucional la Constitución, interpretada en el tiempo, no es de extrañar que el Tribunal Constitucional sea identificado como una institución política en el seno de un régimen de división de poderes.[20] Asimismo, al ser la misma Constitución la que prevé el control de constitucionalidad por un Tribunal Constitucional, no se justifica hablar de una posible falta de legitimidad del Tribunal Constitucional ni de efectos políticos inaceptables de sus resoluciones. Pero —y esto es decisivo—, la aceptación de dicha jurisprudencia y el prestigio de la institución dependerá siempre del hecho de que los jueces mantengan su independencia frente a los otros poderes.

7. Conclusiones

Podemos constatar, con las palabras de Tomás y Valiente, que hemos pasado de una administración de justicia a un auténtico Poder Judicial.[21] Roman Herzog incluso argumenta que el Poder Judicial hoy en día es la única garantía de la idea de la separación de poderes, si bien lo cierto es que el menoscabo del Estado de derecho que ha traído consigo el allanamiento de la relación de tensión entre el Legislativo y el Ejecutivo a través de los partidos políticos no ha sido soldado totalmente a través del reforzamiento del control jurisdiccional de estos dos poderes.[22] A pesar de ello,

---

[17] Wilhelm Wengler: *Der Begriff des Politischen im Internationalen Recht,* 1956, p. 40 ss.

[18] Opinión de Lucas Verdú compartida y citada por Francisco Fernández Segado: *El sistema constitucional español*, Madrid: Dykinson, 1992, p. 1053.

[19] H. Simon: "La jurisdicción constitucional", en E. Benda, W. Maihofer, J. Vogel, C. Hesse y W. Heyde: *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 849.

[20] P. Häberle: "Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft", en P. Häberle: *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft,* Königstein im Taunus, 1980, pp. 56 ss.; H. Simon: "La jurisdicción constitucional", en E. Benda, W. Maihofer, J. Vogel, C. Hesse y W. Heyde: *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 849.

[21] Tomás y Valiente: o. cit., p. 22.

[22] Roman Herzog, en Maunz-Dürig: *Kommentar zum Grundgesetz,* p. 152; citado en castellano en María Luz Martínez Alarcón: *La independencia judicial*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 45.

la justicia, y en medida especial la justicia constitucional,[23] han contribuido a fortalecer el Estado de derecho cumpliendo con la exigencia de la Ley Fundamental de Bonn de ser un ordenamiento de valores directamente aplicable a las relaciones entre el Estado y el ciudadano y entre los particulares mismos. La Constitución ha facilitado en Alemania el cauteloso alejamiento del iuspositivismo al positivizar muchos de los valores del derecho natural y ayudado de esta forma a los jueces a cumplir con su tarea de aplicar la ley y el derecho. Con ello contribuye a la pacificación de la sociedad, también en cuanto señala los límites de decisiones mayoritarias dentro de una democracia constitucional.[24]

En Alemania, el Poder Judicial ha contribuido, con todos los déficits que también se observan en ese país, de forma contundente en el fortalecimiento del Estado de derecho. El prestigio de los jueces es muy alto, especialmente de los magistrados del Tribunal Constitucional. Y esto a pesar de que en especial la selección de los magistrados del Tribunal Constitucional es el resultado de acuerdos y arreglos políticos. Esto confirma nuevamente la tesis de Luis Pásara:

> La independencia judicial no proviene solo del diseño legal e institucional que se adopte, sino de la conciencia del juez.[25]

Como conclusión, la independencia no solo es un derecho del juez, sino una obligación que debe cumplir a conciencia.

---

[23] Norbert Lösing: "La jurisdicción constitucional como contribución al Estado de derecho", en Francisco Fernández Segado (comp.): *La Constitución española en el contexto constitucional europeo*, Madrid: Dykinson, 2003, pp. 1003 ss.

[24] En este sentido véase W. Hassemer: "Konstitutionelle Demokratie", en Francisco Fernández Segado (comp.): *La Constitución española en el contexto constitucional europeo*, Madrid: Dykinson, 2003, pp. 1311 ss.

[25] Luis Pásara: "La independencia judicial: una reconsideración", en *Boletín Electrónico de la Asociación de Egresados y Graduados de la PUCP*, ‹http://www.peru21.com/comunidad/Columnistas/html/pasaraIndex.html›.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, PP 429-449, ISSN 1510-4974

Têmis Limberger* e Jânia Maria Lopes Saldanha (Brasil)**

A efetivação do direito à saúde e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro: novas metodologias e institutos processuais democratizando a jurisdição constitucional***

RESUMO

O direito à saúde é tema dos mais relevantes do cenário jurídico brasileiro com suas especificidades próprias, por isso é importante fixar os limites e critérios de atuação judicial. O tema se imbrica com a definição das funções de cada um dos Poderes. Permeia o tema das políticas públicas, cuja estatuição e execução compete aos Poderes Legislativo e Executivo, respectivamente. Para aclarar a discussão, o Supremo Tribunal Federal promoveu a Audiência Pública nº 4, denominada audiência da saúde. Na ocasião, foram ouvidos diversos setores da sociedade envolvidos com a questão da saúde. Foi um amplo debate democrático com diversos segmentos jurídicos e da área da saúde. Após, foram delineados alguns critérios para atuação judicial. O trabalho se propõe a refletir sobre esses e apontar a importância das ações coletivas que promovem discussões amplas sobre a matéria, principalmente quando se trata da inclusão ou exclusão de algum medicamento ou tratamento da lista oficial.

Palavras-chave: direito à saúde, sistemas de saúde, poderes do Estado, políticas públicas, garantias constitucionais, direito subjetivo, Brasil.

ZUSAMENFASSUNG

Das Recht auf Gesundheit und seine Besonderheiten gehören zu den relevantesten Themen in der brasilianischen Rechtsdiskussion, weshalb eine Festlegung der Grenzen und Kriterien für die Tätigkeit der Justiz

* Doutora em Direito pela Universidade Pompeu Fabra de Barcelona. Mestre em Direito pela UFRGS, Bacharel em Direito pela UFRGS, professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, promotora de justiça /RS.

** Doutora em Direito pela UNISINOS. Mestre em Integração Latino-Americana. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito e do Curso de Direito da UNISINOS. Professora do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Advogada.

***Este artigo foi produzido no âmbito de dois projetos de pesquisa. O primeiro, coordenado pela primeira autora, intitulado "Entre o neoliberalismo e a democratização: Os relatórios do Banco Mundial e os (im)pactos para a reforma do Poder Judiciário brasileiro confrontados ao imperativo da desfuncionalidade estrutural", sob os auspícios do CNPq. O segundo, coordenado pela segunda autora, denominado "Administração Pública e implementação de políticas públicas como forma de concretização dos direitos sociais: possibilidades e limites do controle judicial.

notwendig ist. Das Thema ist mit der Definition der Funktionen der einzelnen Gewalten verbunden, es ist Bestandteil der staatlichen Politik, deren Regelung und Ausführung Angelegenheit der Legislative bzw. der Exekutive ist. Zur Klärung der Diskussion hat das Oberste Bundesgericht zur 4. Öffentlichen Anhörung (auch als Gesundheitsanhörung bezeichnet) eingeladen. Bei dieser Gelegenheit kamen unterschiedliche, mit der Gesundheitsthematik befasste gesellschaftliche Gruppen zu Wort. Das Ergebnis war eine umfassende demokratische Debatte zu verschiedenen juristischen und gesundheitsspezifischen Themengebieten, die in die Festlegung von Kriterien für die Tätigkeit der Justiz mündete. Absicht der vorliegenden Arbeit ist es, auf diese Kriterien einzugehen und die Bedeutung von kollektiven Aktionen zu unterstreichen, die einer umfassenden Diskussion des Themas dienen, vor allem wenn es um die Aufnahme oder Nicht-Aufnahme bestimmter Medikamente oder Behandlungen in die offizielle Liste geht.

Schlagwörter: Anspruch auf Gesundheit, Gesundheitssysteme, Staatsgewalten, öffentliche Politiken, Verfassungsgarantien, subjektives Recht, Brasilien.

ABSTRACT

The right to health, one of the most prominent topics of the Brazilian legal scene, has its own specific characteristics which require the establishment of limits and criteria for judicial activity. The subject is interwoven with the definition of functions for each of the branches of government. It permeates the area of public policies, which must be established and carried out by the legislative and executive branches, respectively. To encourage discussion, the Supreme Federal Court convened Public Hearing No 4, known as the hearing on health. Subsequently, guidelines for judicial activity were outlined. This study contains some thoughts on those guidelines and underlines the importance of collective actions to promote extensive discussions on the subject, mainly with respect to the inclusion or exclusion of any medication or treatment from the official list.

Keywords: right to health, health systems, powers of the State, public policies, constitutional guarantees, subjective rights, Brazil.

1. Introdução

O direito social à saúde é tema que adquiriu amplo debate acadêmico, devido ao grande número de ações na esfera judicial, em prol da efetividade. A acessibilidade ao Sistema Único de Saúde - SUS - é de grande vulto, o que dificulta e torna mais complexa a resolução do conflito. Cerca de 180 milhões de brasileiros são potenciais usuários do sistema. Destes, 2/3 dependem exclusivamente do SUS, quais sejam 118 milhões de pessoas. Estas vultosas cifras estatísticas evidenciam a necessidade de critérios claros para atendimento das demandas existentes e a incorporação de novas tecnologias na área médica, que pautarão novas demandas.

Em nosso país, por uma distorção, a implementação das políticas públicas saiu da órbita dos Poderes Executivo e Legislativo e migrou para o Poder Judiciário. O número de demandas foi tal que fez com que o Supremo Tribunal Federal - STF - realizasse uma audiência pública. É a judicialização da política, que por um lado prestigia o

Poder Judiciário com discussões que são vitais para o país, mas por outro atesta a falência na resolução dos conflitos nas esferas que lhe são próprias. O Judiciário é sobrecarregado com inúmeras demandas, devido à excessiva litigiosidade. A sociedade brasileira por um lado e os poderes públicos por outro, são pouco afetos ao cumprimento espontâneo do direito e por vezes apostam no descumprimento, pois poucas pessoas reclamam.

O Congresso Nacional, que deveria promover a regulamentação no tocante aos percentuais de investimento da União, Estados e Municípios, até agora não o fez. Existe somente o PL 306/2008, decorrente da propositura de regulamentação dos §§ 2º e 3º do art. 198, trazidos pela EC nº 29/2000. Ou seja, passaram-se 9 anos e não houve a elaboração da legislação de que o país tanto necessita. O Executivo, que deveria investir percentuais, por vezes, não os aplica de forma séria. Como resultado do não funcionamento as demandas acabam no Poder Judiciário que, na maioria das vezes, oferece uma solução individualizada para os casos, em detrimento da construção de uma solução coletiva, reforçando o aspecto do individual. Compreensível, em muitos casos, devido à situação aflitiva no qual se vê o juiz diante da enfermidade de uma pessoa, sem vislumbrar o sistema como um todo. Tudo isto serve para agravar o problema, quando é concedido determinado medicamento sem atenção ao contexto global, reforçando ainda mais o caos no sistema.

Neste cenário, pergunta-se: a estrutura do SUS, criada pela Constituição Federal, consegue implementar o direito à saúde? A solução foi pretensiosa, no sentido de criar uma macro estrutura envolvendo os três entes da federação, tendo todos os brasileiros como possíveis demandantes.

Este texto está estruturado em duas partes. Primeiramente, analisa-se o contexto dos marcos normativos primários que asseguram o direito fundamental à saúde e as derivas para sua efetivação, tendo em vista, de um lado, a ausência de políticas públicas eficientes e, de outro, a existência de efetivação "atomizada" porque restrita às demandas individuais levadas ao Poder Judiciário brasileiro (parte 1). A segunda parte, estreitamente relacionada à anterior, na medida em que reconhece a importância da atuação do Poder Judiciário para a efetivação do direito à saúde, propõe a necessária superação do perfil individualista de processo para que se dê a adoção de ações coletivas (parte 2).

1. A previsão constitucional do Direito à saúde: Efetivação e equilíbrio entre os poderes

Embora o modo de proteção social tenha sido inserido no Brasil a partir da década de 30 do século passado, a constitucionalização dos direitos sociais como direitos fundamentais é uma novidade da Constituição Federal de 1988 e encontra correspondência nos princípios do Estado Democrático de Direito que, refinado, expressa uma nova fase do constitucionalismo: o neoconstitucionalismo. Nessa nova forma de expressão do Estado contemporâneo, dizem os defensores do neoconstitucionalismo que ele

busca explicar a rematerialização[1] das Constituições com base na (re)incorporação de conteúdos substantivos de caráter moral, com o fim de limitar a atuação das instituições públicas e privadas.

Assim, fundamentalmente, tal visão anda de par com a própria ideia de Estado Constitucional surgido no Pós Segunda Guerra Mundial. No Brasil, como de resto em muitos outros países da América Latina, o neoconstitucionalismo estabeleceu as bases para o desenvolvimento do Estado de bem-estar social a partir da sofisticação dos conteúdos das políticas públicas, da prestação dos serviços e da universalização dos direitos sociais.

Em países periféricos do sistema capitalista mundial, como o Brasil, as reivindicações pela proteção e efetividade do direito humano à saúde são exasperadas. Uma visão complexa do "estado da questão" da saúde pública de uma dada sociedade irá concluir que ele depende, em muito, da efetivação de outros direitos sociais e da redução das desigualdades sociais.[2] Por isso, impõe-se uma profunda responsabilidade prestacional aos poderes constituídos. Nesse sentido, no campo específico da efetivação do direito à saúde no Brasil a responsabilidade recai sobre os três âmbitos do poder executivo no Brasil, ou seja, federal, estadual e municipal (1.1). Para que a efetivação do direito à saúde ocorra em âmbito global/coletivo, faz-se necessário ter em conta a real natureza de política pública (1.2). A ausência de políticas públicas efetivas tem redirecionado os reclamos por esse direito social ao Poder Judiciário, acarretando um desequilíbrio entre o exercício das competências na matéria pelos Poderes do Estado (1.3.)

1.1. A responsabilidade dos três entes da federação

O neoconstitucionalismo ressignificou os princípios da solidariedade e justiça social. Paulatinamente passou-se a edificar complexos públicos integrados com competências definidas para cada setor das políticas públicas.[3] O campo da prestação da saúde, na década de 80, foi o primeiro a experimentar tal transformação com o SUS. Esse é um sistema composto de diversas partes que se relacionam entre si, com regras que visam conferir-lhe coerência. Não agir de acordo com estas regras inviabiliza todo o sistema. Estes dispositivos têm de ser interpretados de forma coerente com os objetivos funda-

---

1 Sanchis. Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional. *In:* Carbonell, M.; Jaramillo, L.G. *El Canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010, p. 280.

2 O Relatório do PNUD para a América Latina e o Caribe apresenta um novo cálculo para o IDH. Trata-se do Índice de Desenvolvimento Humano ajustado à Desigualdade, que "penaliza" as disparidades de rendimentos, escolaridade e saúde. Na América Latina e no Caribe, o IDH adaptado também cai 19% em relação ao tradicional (que leva em conta as médias). A queda é maior na Nicarágua (-47,3%) e na Bolívia (-41,9%), e menos intensa no Uruguai (-3,9%) e na Argentina (-5,9%). O estudo afirma que a desigualdade na região é a maior do mundo e é persistente, mas ainda pode ser reduzida. Disponível em: http://www.pnud.org.br/pobreza_desigualdade/. Acesso em: 15 de agosto de 2010.

3 Pochmann. Assegurar o bem-estar coletivo. *Le monde diplomatique.* Ano 3. Número 28. Nov/2009, p. 5.

mentais constantes no art. 3º da CF, quais sejam: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, e reduzir as desigualdades sociais e regionais; a responsabilização dos três entes da federação com os investimentos que lhes são correspondentes, bem como o fornecimento dos medicamentos dentro de suas atribuições (aos municípios, a farmácia básica; aos Estados, os medicamentos excepcionais; e à União, os medicamentos estratégicos). Assim, é importante a busca de soluções para que o sistema se aperfeiçoe e não se estratifiquem problemas já existentes.

Na Constituição brasileira, o direito à saúde (art. 6º, CF) é reconhecido como direito social e um dever do Estado (art. 196, CF), com o que a Constituição institui obrigações para todos os entes federados. Constitui-se em competência comum (art. 23, II, CF) à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, competência concorrente sobre a proteção e defesa da saúde, competindo à União o estabelecimento de normas gerais e aos Municípios as suplementares (art. 24, §§ 1º e 2º, c/c art. 30, II, CF) e cooperação técnica e financeira com o auxílio da União e dos Estados (art. 30, VII, CF). Nenhum dos entes federativos está isento de atribuições; isto apresenta dupla crítica, no sentido de que a todos incumbem tarefas, mas por outro lado, quando a responsabilidade é tão partilhada entre todos, fica mais difícil cobrar a atribuição de cada um.

O Sistema Único de Saúde (SUS) se propõe ser uma estrutura descentralizada, com direção única em cada esfera do governo, oferecer atendimento integral e contar com a participação da comunidade (art. 198, CF). Em atenção aos preceitos constitucionais foram elaboradas as Leis nºs 8.080/90 e 8.142/90, conhecidas como Lei Orgânica da Saúde - LOS, que são leis nacionais, com o caráter de norma geral, onde se contêm as diretrizes e os limites que devem ser respeitados pela União, pelos Estados e pelos Municípios ao elaborarem suas próprias normas para garantir o direito à saúde da população brasileira.

Deste modo, a LOS colabora na definição do direito à saúde, estrutura o SUS tornando claros seus objetivos e suas atribuições, as diretrizes que devem orientar sua organização, direção e gestão, a forma como estão distribuídas as tarefas entre as três esferas de poder e a forma de participação da comunidade na gestão do sistema em cada uma dessas esferas, além de organizar o seu financiamento, tratando expressamente dos recursos, da gestão financeira, do processo de planejamento e do orçamento, inclusive das transferências intergovernamentais de recursos financeiros.

A questão dos medicamentos, de responsabilidade do SUS, encontra previsão legal na Lei Federal nº 8.080/90, art. 6º, VI, sendo um dos pontos de difícil operacionalização quando se trata da política de Estado para a saúde pública. Desde 1975[4] a Organização Mundial da Saúde – OMS – aponta para a necessidade de os Estados formularem uma política que permita o acesso aos medicamentos e favoreça o seu uso racional por todas as pessoas, pois se verificou que o mercado mundial era composto por aproximadamente 70% de substâncias não essenciais, desnecessárias e até perigo-

[4] Resolução WHA 28.66, da 28ª Assembleia Nacional da Saúde.

sas, e que 1/3 da população não tem acesso a medicamentos essenciais[5]. Para a OMS, a formulação de uma política de medicamentos implica a definição de um conjunto de diretrizes com a finalidade de assegurar para toda a população uma utilização racional dos medicamentos. Isto significa diversos momentos, que vão desde a produção até a prescrição dos remédios[6].

No Brasil, foi editada a Portaria do Ministério da Saúde nº 3.916/98[7] contendo a Política Nacional dos Medicamentos, baseada nas recomendações da OMS, que visa fornecer os medicamentos necessários à população mais desprovida de recursos econômicos. Importante passo para a acessibilidade foi dado por meio dos medicamentos genéricos, disciplinados pela Lei nº 9.787/99. A partir de então, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – tem estabelecido por meio de resoluções como deve ser feito o registro, a fabricação, o controle de qualidade e a prescrição dos medicamentos genéricos.

A CF/88 mudou a estrutura até então existente – de forma que o Estado deixou de atender somente os contribuintes do antigo sistema previdenciário (INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social) ou seja: o trabalhador formal – e a compreensão de saúde pública (promoção de saúde e prevenção de doenças, como ações de vacinação, campanhas de eliminação de causadores de doenças, etc.). Com a edição do art. 196 da CF, foram atribuídas à saúde as características de universalidade, integralidade e isonomia, estabelecendo-se a saúde como direito de todos e dever do Estado.

Como enfrentar a questão dos medicamentos não previstos na lista do SUS? Deve ser entendida no contexto de integralidade, que é explicitado pelo art.7º da Lei nº 8.080/90, que conceitua assistência como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso, em todos os níveis de complexidade do sistema. Integralidade diz respeito a todo o tipo de ação: a preventiva, que a CF diz que tem de ser aquela a que se dedique prioridade; a ação corretiva; a vigilância sanitária e epidemiológica. Integralidade não significa totalidade. "A questão da escassez se põe de maneira especial no acesso à saúde. Algumas pessoas podem pensar que quando a saúde e a vida estão em jogo, qualquer referência a custo é repugnante, ou até imoral. Mas o aumento do custo com tratamento tornou essa posição insustentável"[8]. Nenhum país do mundo, por mais rico que seja, tem condições de suportar qualquer tratamento médico ou fornecimento de medicamento, considerando o avanço da medicina nos dias atuais e a longevidade das pessoas. A totalidade das possibilidades é impagável, seu custo extrapola qualquer parâmetro do razoável, mesmo nos países mais ricos.

---

[5] SOBRAVIME. *O que é o uso racional de medicamentos*. São Paulo: SOBRAVIME, 2001, p.13.

[6] Organização Mundial da Saúde. *Pautas para establecer políticas farmacéuticas nacionales*. Genebra: OMS, 1988.

[7] Publicada no DOU nº 215-E, Seção I, de 10/11/98, p. 18-22.

[8] Aaron; Schwartz. *The Painful Prescription: rationing hospital care*. Washington: The Brookings Institution, 1981, p. 81 *apud* Amaral. Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 136.

1.2. Conceito de política pública, desde o prisma jurídico, com ênfase no direito à saúde e a banalização do direito à vida

O conceito de política pública é um conceito que partiu da Ciência Política e da Administração Pública, mas que hoje encontra importante espaço de reflexão no campo jurídico. Assim, a definição apresentada na ciência política é a dimensão normativa ou moral do Estado, que perpassa a filosofia política ocidental e objetiva garantir uma vida feliz ao cidadão[9]. A questão da política pública apresenta um núcleo com intersecção na organização do sistema internacional, de organização na sociedade e do Estado. Não se apresenta como algo isolado, mas que deve dialogar tendo em conta os três vértices: internacional, estatal e social.

Assim, já se percebe por que o tema das políticas públicas entra na pauta jurídica nos últimos tempos. Do Estado Liberal com sua feição de abstenção[10], chega-se ao Estado Social, com seu conteúdo de intervenção, a partir das demandas concretas formuladas pelo cidadão. É o constitucionalismo social inaugurado no início do século XX, depois da Revolução Industrial e do Socialismo[11], que tem sua marca na Constituição Mexicana de 1917, Constituição de Weimer de 1919, e no Brasil na Constituição de 1934, da era Vargas. Passado o movimento pendular no sentido de constituições antidemocráticas e democráticas, chega-se à Constituição de 1988, onde a democracia começa a se estabilizar e confere margem para a efetividade dos direitos. Deste modo, a discussão das políticas públicas ganha espaço no cenário jurídico. A política pública visa à implementação, pelo poder executivo, de um comando constitucional. Atinente ao direito à saúde, constata-se que, com o constitucionalismo social inaugurado no Brasil em 1934, o direito à saúde aparece por primeira vez em sede constitucional. Os textos seguintes limitaram-se a atribuir competência à União para planejar sistemas nacionais de saúde, conferindo-lhe a exclusividade da legislação sobre normas gerais de proteção e defesa da saúde e mantiveram a necessidade de obediência ao princípio que garantia aos trabalhadores assistência médica sanitária.

No caso da saúde, o alerta que se instaura é no sentido de que o foro para a estatuição das políticas públicas deve ser deslocado para o legislativo e o da sua implementação para o executivo. Na omissão ou implementação de novas políticas, o judiciário pode cumprir um papel importante com o processamento de ações coletivas. O direito à saúde, sendo um direito fundamental social, insere-se naquele grupo de inovações democráticas que reivindica, para sua efetivação, quando houver falha dos poderes genuinamente responsáveis, como o legislativo e o executivo, no Brasil, uma intervenção judiciária sob outras bases processuais e procedimentais. Para lembrar Owen Fiss,

---

[9] Howlett; Ramesh. *Come studiare le politiche pubbliche*. Bologna: Il Mulino, 1995, p.5. Tradução do original *Studying Public Policy: Policy cycles and policy subsystems*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

[10] A propósito a Constituição dos Estados Unidos de 1787 e a Constituição Francesa de 1791.

[11] Sigmann. *1848: Las revoluciones románticas y democráticas de Europa*. 3ª ed., Madri: Siglo veintiuno editorial, 1985.

trata-se em verdade da necessidade de uma "reforma estrutural"[12] na prestação das políticas públicas, e para isso o processo judicial, de cariz liberal/individualista, não é capaz de dar respostas em termos de efetivação da saúde pública que, ao fim e ao cabo, se insere no âmbito dos "valores públicos" que cabe ao Judiciário concretizar. As ações individuais, antes de se constituírem em solução para os problemas de saúde pública, devem servir como instrumento de pressão, sob pena de se constituírem casuística dotada exclusivamente de pessoalidade, comprometendo a impessoalidade que deve nortear a administração.

Um delineamento a respeito do tema das políticas públicas é trazido por Ana Paula Bucci, como programas de ação destinados a realizar, sejam os direitos a prestações, diretamente, sejam organizações, normas e procedimentos necessários para tanto. As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico[13].

As políticas públicas relativas à saúde com repercussão no tratamento médico a pacientes, procedimentos clínicos e medicamentos que não são fornecidos, conduzem à reflexão a respeito da blindagem que vamos fazendo, a ponto de tratarmos a dor de um ser humano como um número a mais de paciente que não foi atendido, parafraseando Hannah Arendt: a "banalidade do mal"[14], ao qual poderíamos dizer a banalidade com relação ao sofrimento alheio. Todos os pedidos chegam ao Poder Judiciário sob um argumento genérico: o direito à vida. É inegável que o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana são alicerces básicos em nosso ordenamento jurídico, mas não podem ser utilizados de uma maneira genérica, sob pena de perderem a credibilidade.

Estima-se que pelo menos 2/3[15] das ações sobre medicamentos se referem a fármacos de uso contínuo, a exames e da compreensão ampla, em matéria de medicamentos, nos quais estão compreendidos fraldas, leite, complementos alimentares, etc.. Deste modo, na maioria das ações o argumento do direito à vida é falacioso e prejudica a análise dos casos em que realmente a vida está em jogo. Então, fora dos casos emergenciais, banaliza-se o direito à vida, comprometendo os casos em que a vida está realmente em perigo. É uma estrutura burocrática enorme, que torna a busca do medicamento ou do tratamento de saúde uma verdadeira "via crucis", fazendo com que a pessoa que dele necessita se veja em um emaranhado de repartição de competências entre os entes da federação com relação às responsabilidades que cada um tem. As alternativas administrativas não existem em todos os estados e o recurso ao Poder Judiciário também

---

[12] Fiss. *Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004, p. 27.

[13] Bucci. O conceito de política pública em direito, p. 31, *In*: Bucci, M.P.D. (org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

[14] Arendt. *Eichman em Jersusalém*. São Paulo: Cia das Letras, 1999, p. 274.

[15] Mascarenhas. *A responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS*. Disponível em: ‹http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude›. Acesso em: 8 de julho de 2009.

é um longo caminho. Então, quando o cidadão já está fragilizado com a enfermidade enfrentar todos estes percalços, fazer movimentar toda esta estrutura burocrática é algo penoso.

1.3. A tensão entre as funções dos poderes e o redirecionamento do direito à saúde

Por vezes, a demanda pode ser motivada pelo descumprimento de uma política pública ou a omissão na sua realização, e isto envolve posições distintas na prestação jurisdicional. A problemática do direito à saúde expõe a necessidade de definir as funções dos poderes legislativo, executivo e judiciário.

Estas questões imbricam o direito social à saúde com o custo econômico para sua realização. Impõem uma leitura da CF, na sua maioridade de uma forma mais adulta por parte de seus intérpretes. Logo após a publicação da CF/88, os artigos 5º e 6º eram interpretados de uma mesma maneira, sem atentar para o contexto distinto dos direitos sociais que impõem uma leitura correlata com o orçamento e o percentual de investimento de cada um dos entes da federação.

Os direitos sociais estão a reclamar um redirecionamento. Pode-se perguntar: existe um direito público subjetivo[16] para cada cidadão ou suprimem-se as demandas individuais, já que estamos na seara dos direitos sociais a serem implementados única e exclusivamente por meio de políticas públicas? Estas são posições extremas e busca-se a construção de uma solução mais equilibrada, que contemple as diversidades e o pluralismo existentes em nossa sociedade, o que já foi apregoado por Aristóteles: "in medio virtus"[17]. Na maioria das vezes, existe a política pública, mas não está sendo cumprida a contento. A omissão dos serviços não pode ser resolvida por uma atitude isolada, mas demanda atuação conjunta de diversos órgãos das instituições públicas.

O conceito de direito público subjetivo foi cunhado por Jellinek[18] no princípio do século XX, quando a doutrina liberal e o individualismo eram dominantes, por isso, quando se trata de direitos sociais, cabe um repensar, pois sua teoria não estava voltada para estes. Apesar de prever o *status* positivo, *status civitatis*, no qual o indivíduo tem o direito de exigir prestação concreta do Estado, seus escritos são anteriores ao

---

[16] Sarlet. O acesso às prestações de saúde no Brasil – os desafios do Poder Judiciário. Disponível em: ‹http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude›. Acesso em: 8 de julho de 2009.

[17] Aristóteles. *Ética Nicomáquea*, 1ª ed, 4ª reimp., Madrid: Ed. Gredos, 1998, p. 160/80. "En la E.N. aparece el término *mesótes* junto a sýmmetra en el libro II. Así pues, la moderación y la virilidad se destruyen por el exceso y por el defecto, pero se conservan por el término medio (mesótes)".

[18] Jellinek. *System der Subjektiven öffentlichen recht, zweit durchgesehene und vermehrte auflage, anastatischer neudruck der ausgabe von 1905*. Tübigen, 1919, p. 86 e segs.

Assim, denominam-se: a) *status* negativo, *status libertatis*, em que o indivíduo é titular de uma esfera de liberdade individual, à margem de intervenção do Estado; b) *status* positivo, *status civitatis*, no qual o indivíduo tem direito a exigir prestações concretas do Estado; c) *status* ativo, *status activo civitatis,* onde o indivíduo é detentor do poder político e, como tal, tem direito a participar no exercício do poder.

constitucionalismo social que começa em 1917 com a Constituição Mexicana e que é seguido, dois anos mais tarde, em 1919 pela Constituição de Weimer.

O desafio é conciliar a dimensão subjetiva, individual e coletiva do direito à saúde e a dimensão objetiva da saúde como dever da sociedade e do Estado, e tornar a judicialização sensível a ambas[19]. Na suspensão de liminar nº 228-7, o STF afirmou essa dimensão individual e coletiva do direito à saúde, não tomando partido exclusivamente por nenhuma delas, mas fazendo coexistir ambas.

O direito à saúde é um direito de cada pessoa, visto que diretamente relacionado à proteção da vida, da integridade física e corporal e da dignidade humana. [20]Trata-se, pois, na especial análise de Ingo Sarlet,[21] da eficácia ou dimensão objetiva dos direitos fundamentais. O direito à saúde, enquanto direito público subjetivo, deve ser assegurado mediante políticas sociais e econômicas e, aqui, esse mesmo direito assume a eficácia ou dimensão objetiva que transcende a subjetiva. Portanto, não é um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário à proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. O Min. Celso de Mello, na ADPF nº 45/DF[22], estabeleceu o seguinte: "considerando o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do binômio (razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa. Em outras palavras, com relação à reserva do possível, o ônus da prova da falta do recurso é do poder público e o ônus da necessidade do pedido é do particular[23]. Deve-se cuidar para não cair no descrédito jurídico. Krell[24] adverte para o risco de os direitos sociais se converterem em promessas vazias do Estado. O texto constitucional deve ter respaldo na realidade fático-social para que seja efetivo, sob pena de gerar a "frustração constitucional" (verfassungsenttäuschung), o que acaba desacreditando a própria instituição da constituição como um todo[25]. Assim, interpretações desvinculadas da realidade causam o descrédito e acabam se tornando dispositivos destituídos de efetividade.

Uma fina percepção do estado da questão da judicialização da política em matéria de efetivação do direito à saúde permite compreender o quanto novas metodologias

---

[19] Sarlet. O acesso às prestações de saúde no Brasil – os desafios do Poder Judiciário. Disponível em: ‹http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude›. Acesso em: 8 de julho de 2009.

[20] Sarlet et al. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88, p. 152.

[21] *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 155. Jânia, a obra do ingo sarlet acima é também 'a eficácia dos direitos fundamentais'? Qual a edição e ano da que foi utilizada? Colocar também nas referências do fim.

[22] DJU 4/5/2004.

[23] Sarlet. O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao Poder Judiciário. Disponível em: ‹http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude›. Acesso em: 27 de abril de 2009.

[24] Krell. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 46.

[25] Saraiva. *Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil*. 1983, p. 63 e segs.

– como as que advêm da audiência pública – e novos institutos processuais – como o processo coletivo - podem aproximar a jurisdição do ideal de concretização democrática desse direito fundamental. É o que segue.

PARTE 2: A judicialização do direito à saúde: novas metodologias e institutos processuais para o Poder Judiciário

A crítica à judicialização da política praticada pelo Poder Judiciário existe no marco das competências atribuídas pela Constituição aos poderes do Estado. Não se trata de buscar a absolutização das searas de competência, mas de demarcar certo equilíbrio das ações de cada poder. Não seria mesmo possível pretensão diversa, por ser problemática, na atualidade, a própria expressão "separação de poderes" a dizer, de certo modo, da corruptela de que foi vítima a teoria montesquiana, no sentido de que haveria uma radical separação entre os poderes. O certo é que a rigidez da separação advinda do modelo liberal de Estado não tem pertinência no Estado Democrático de Direito.[26] Trata-se da necessidade de adaptação da referida separação dos poderes aos novos tempos para a realização não só dos direitos subjetivos, mas também dos coletivos pertencentes a toda a comunidade, a reivindicar um novo modelo de judiciário. Então mais aproximada à integração e coordenação entre os poderes do que à separação absoluta, como referiu Paulo Bonavides. [27]A audiência pública da saúde realizada pelo Supremo Tribunal Federal expressou momento, não só magno como ainda raro, de diálogo da Corte Suprema com segmentos da sociedade (2.1). Momento de diálogo e também de estabelecimento de critérios a serem seguidos pelos próprios juízes (2.2). Quiçá se possa pensar que as ações de feição coletiva possam consistir no motor de equilíbrio entre a judicialização da política por parte dos juízes e o estabelecimento de marcos regulatórios e efetivação das mesmas pelos outros poderes. (2.3)

2.1. A audiência pública da saúde e a importância do diálogo interdisciplinar com diversos setores da sociedade

As audiências públicas, marco democrático importante de aproximação do Poder Judiciário para com a sociedade, se constituem em exemplos de participação da sociedade na Corte Interamericana dos Direitos Humanos e na Corte Internacional de Justiça da Haia. A interpretação constitucional não se restringe aos juízes: as forças plurais da sociedade se fazem presentes. No dizer de Häberle: "O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto"[28]. O Processo Constitucional foi estruturado classicamente como uma

[26] Bonavides. *Curso de Direito Constitucional.* 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 554.

[27] Bonavides. *Do Estado liberal ao Estado social.* São Paulo: Malheiros, 2004, p. 73-74.

[28] Häberle. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 42. "O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado

discussão jurídica, onde não mais se pode perquirir a respeito da matéria fática. A Lei nº 9.868/99, em seu artigo 9º, § 1º, inovou ao permitir a audiência pública perante o Supremo Tribunal Federal, fazendo com que haja um diálogo dos aspectos fáticos com os preceitos jurídicos, permitindo uma apreciação conjunta de ambos, com complementariedade e não de forma dissociada, e rompendo, assim, com o perfil racionalista de processo que separou fato e direito.

A audiência pública nº 4, conhecida como audiência da saúde, suscitou a crítica a respeito de sua pertinência, uma vez que não estava atrelada a um processo específico, tal como das outras vezes[29]. Seu objeto é muito mais amplo, seu enfoque é interdisciplinar, extrapola a seara jurídica, necessitando de um debate com os profissionais da saúde e da sociedade, destinatária destas prestações. Os recursos públicos são escassos, a expectativa de vida dos brasileiros passou de 67 anos para 72,7[30], nos últimos anos. A indústria farmacêutica possui uma enormidade de medicamentos. Neste contexto, a eficácia do direito social à saúde é posta à prova.

Foram o estopim para a convocação da audiência dois casos[31], que questionam a eficácia do art. 196 da CF e os §§ 2º e 3º do art. 198, da CF, que sofreram alterações pela EC

---

para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos 'intérpretes da Constituição da sociedade aberta'. Eles são participantes fundamentais no processo de '*trial and error*', de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade […], as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles."

[29] As audiências anteriores foram realizadas com fundamento na Lei nº 9.868/99 (ADIn e ADC) e na Lei nº 9.882/99 (ADPF). Houve necessidade de que as audiências públicas se estendessem para outros processos e procedimentos, por isso a Emenda Regimental nº 29 revisou competências e deu nova redação ao art. 13, XVII, possibilitando a convocação de audiência pública para ouvir depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal. Até a presente data o STF, além da "audiência da saúde" realizou cinco audiências públicas relacionadas a processos de controle difuso ou concentrado da constitucionalidade, conhecidas como: audiência da "anencefalia"; da utilização de "embriões congelados"; dos "pneus remoldados importados" e das "ações afirmativas" na universidades públicas.

[30] A população brasileira ganhou 5,57 anos entre 1991 e 2007. Se considerarmos o decênio de 1997 a 2007, as mulheres aumentaram 3,3 anos a expectativa no período de 73,2 para 76,5 anos, enquanto que os homens tiveram avanço de 3,5 anos, de 65,5 para 69 anos. Com isso, a população idosa com idade superior a 70 anos, chegou a 8,9 milhões de pessoas, o equivalente a 4,7% da população total. A esperança de vida muda significativamente de acordo com a região onde ocorre o nascimento. A maior expectativa é no sul, onde a média é de 74,7 anos, sendo 71,4 anos para homens e 78,2 anos para mulheres. Outra mudança é com relação à taxa de mortalidade infantil: declinou de 45,19:1000, para 24,32:1000 em 2007, representando uma diminuição percentual acima de 46% em 16 anos.

Segundo técnicos do IBGE, o Brasil, como signatário da Cúpula do Milênio, tem como meta alcançar até 2015 uma taxa de mortalidade infantil próxima de 15:1000, e a projeção sinaliza uma taxa de 18,2: 1000. Disponível em: ‹http://www.ibge.gov.br›. Acesso em: 27 de julho de 2009.

[31] Primeiramente, a proposta de súmula vinculante nº 4, requerida pela Defensoria Pública Geral da União com o objetivo de tornar solidária a responsabilidade dos entes federativos, no tocante ao fornecimento de medicamentos e tratamento, visando afastar a alegação de que tal bloqueio fere o artigo 100, "caput" e o § 2º, da CF (precatórios). Por segundo, o Recurso Extraordinário nº 566.471, onde foi reconhecida a repercussão geral que questiona se a situação individual pode,

nº 29/2000. O direito à saúde estabelecido no art. 196 da CF contém seis diretrizes: a) direito de todos, b) dever do Estado, c) garantido por políticas sociais e econômicas, d) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, e) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário, f) às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação].

Estas escolhas difíceis passaram a fazer parte do quotidiano de muitos juízes que, em processos de cognição sumária, têm de decidir se concedem ou não um medicamento, um leito hospitalar. Causas complexas e que envolvem conhecimento técnico de outras disciplinas, sem que disponha de todos estes elementos e de forma extremamente rápida. Esta resposta judicial é prestada a um cidadão nominado, mas que trará consequências para muitos outros anônimos, não presentes no processo, mas integrantes do corpo social.

É importante referir que a audiência pública, nova metodologia processual de uso ainda recente e, de certo modo, acanhado pelo STF, agregará mais legitimidade democrática à atuação deste Tribunal, na medida em que for possível identificar na fundamentação das suas razões de decidir correspondência com as manifestações dos representantes da sociedade na audiência pública. Afinal, a abertura que essa proporciona à participação de outros sujeitos que não os do processo tradicional e individualista, encontra justificativa no reconhecimento de que a decisão pode ser coletivamente construída. Seguramente, essa é uma exigência advinda de um novo conjunto de demandas, que veiculam pretensões associadas especialmente a direitos que escapam da conformação liberal-individualista por encerrarem interesses de toda comunidade e que reclamam, por isso mesmo, respostas constitucionalmente adequadas. O resultado da audiência pública nº 4 registra essa complexidade e alinha o STF às Cortes Regionais e Internacionais no afã de democratizar suas decisões e inverter a lógica da separação entre direito e fato, verdadeiramente incindíveis no processo de compreensão hermenêutica a que todo julgador está irremediavelmente jogado.

2.2. Os critérios judiciais formulados a partir da audiência pública

Depois de ouvir os depoimentos prestados na audiência pública convocada pela Presidência do STF para redimensionar a judicialização do direito à saúde no Brasil, o Min. Gilmar Mendes[32] destacou alguns pontos importantes. Deve ser considerada a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econô-

---

devido ao alto custo, colocar em risco as prestações da saúde como um todo. Tratava-se de remédio de elevando dispêndio patrimonial para o SUS, não previsto na lista dos ofertados na rede pública e imprescindível para o paciente. Os demais casos, que se constituem em questões diversas e aflitivas, envolvendo falta de leitos, medicamentos fora da lista, tratamentos de alto valor, enfim toda a casuística com a complexidade nesta área em que a vida da pessoa está em jogo. Veja-se, a propósito, a Suspensão de Tutela nº 223, suspensão de liminar nº 228/CE, a suspensão de tutela antecipada nº 198/PR e a suspensão de tutela nº 268/RS.

[32] Mendes. *Vide* ‹www.stf.gov.br›. Os dados foram utilizados na análise de Suspensões de Tutela Antecipada (STA s) 175, 178 e 244, em 21/9/2009. Acesso em: 26 de outubro de 2009.

micas formuladas pelo SUS, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento.

Caso a prestação de saúde não esteja entre as políticas do SUS, é importante distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal à sua dispensação. Há de se observar a necessidade de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), além da exigência de exame judicial das razões que levaram o SUS a não fornecer a prestação desejada.

Relativo ao tratamento, deve ser privilegiado aquele fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta a possibilidade de o Poder Judiciário ou a própria Administração decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas de seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos.

Essa atitude do Supremo Tribunal Federal destaca o comprometimento da jurisdição com a guarda dos direitos fundamentais sociais após ter ouvido inúmeros representantes da sociedade em pleno exercício da oralidade. Essa cresce em importância no processo civil brasileiro em correspondência aos fins a que se destina. Neste caso, permitir que o julgador escute a sociedade, perceba sua posição, se importe com questões estruturais para somente depois decidir, ainda que a causa seja complexa, a dizer, ao contrário do que sugere Michele Taruffo,[33] que não combina apenas com "casos pequenos". Entretanto, tal reflexão não afasta a tensão entre a busca social pela efetivação da Constituição e o ativismo judiciário, entendido esse último muito mais como expressão das opiniões pessoais ou do exacerbamento de competências do que propriamente resultado de uma atitude criadora adequada à Constituição. No caso específico das postulações judiciais por efetivação do direito à saúde, a questão crucial é superar-se o perfil individualista de processo, que alimenta a denominada microlitigação e favorece a atomização dos litígios, em favor da sua perspectiva coletiva, mais apta a enfrentar o referido direito na sua dimensão coletiva, então, molecularizada.

2.3. Crítica e proposição de outros critérios: a importância das ações coletivas

Além dos critérios propostos é importante construir outros como forma de agregar ao debate, que diz respeito às demandas a serem veiculadas para inclusão de um novo tratamento ou medicamento.

Primeiramente, a formulação de políticas públicas cabe aos Poderes Legislativo e Executivo, uma vez que estas opções se constituem em uma decorrência da democracia representativa e, por vezes, participativa. Nos casos de ineficiência ou omissão na

[33] Taruffo. *Páginas sobre justicia civil.* Madri: Marcial Pons, 2009, p. 254.

execução de políticas públicas, cabe a intervenção judicial. Aí se apresentam algumas situações. O judiciário está autorizado a intervir quando o poder público não fizer o aporte exigido constitucionalmente à área da saúde, em conformidade com o art. 198, §2º, CF.

Pode-se então perguntar: quais as ações mais adequadas para conduzir à implementação das políticas públicas? Considerando-se as demandas de cunho individual e coletivo, estas últimas não suscitam dúvidas. A indagação diz respeito às ações individuais; prestam-se estas para estatuir políticas públicas? É sabido que o art. 5º, XXXV, CF consagra o acesso à justiça de forma ampla e irrestrita. Deste modo, não se pode impedir o acesso, mas a concessão de medicamentos não previstos como essenciais demanda uma atenção para a sua decisão. Canotilho,[34] embora cioso da importância da responsabilidade constitucional do Poder Judiciário, é reticente com relação ao ativismo expresso nas ações individuais em que, segundo ele, esse poder assumiria a *accountability* ao proferir sentenças de inequívoca conformação político-social. A reticência derivaria, segundo o autor, da ausência de legitimidade para a apreciação político-judicial das "desconformidades constitucionais" das políticas públicas, dando especial destaque às políticas de saúde.

O art. 196 da CF conjuga o direito à saúde a políticas sociais e econômicas, para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a autonomia dos cidadãos, independentemente do seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário. "Presume-se que Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, (...)" [35]. Por serem precedidas de amplo debate é que se faz esta presunção, que não é absoluta, mas pode ser relativizada considerando o fato de que não esteja atualizada ou que as circunstâncias do caso autorizem o sopesar de circunstâncias particulares.

Esta presunção é decorrência de um argumento democrático. Os recursos obtidos para o fornecimento dos medicamentos são obtidos pelos tributos suportados pela população. Desta forma, os representantes eleitos pelo processo democrático devem estabelecer quais são as prioridades na atual conjuntura. Pode ser simpático o argumento de ampla concessão de qualquer medicamento, porém é falacioso, pois os recursos orçamentários são limitados em qualquer país; não é possível pretender fazer tudo a qualquer gasto. O argumento de que os recursos públicos são mal utilizados e, por vezes, desviados, não é cabível nesta discussão, embora seja necessária a devida responsabilização na órbita da improbidade administrativa. Como os recursos são limitados não se pode pretender o pagamento de um medicamento, por vezes com valor altíssimo, não testado suficientemente, em prol de uma lista estatuída a partir dos critérios legais e de implementação do executivo.

---

[34] Canotilho. O ativismo judiciário: Entre o nacionalismo, a globalização e a pobreza. *In:* Moura, Lenice Moreira (Org.). *O novo constitucionalismo na era pós-positiva.* São Paulo: Saraiva, 2009, p. 57.

[35] Barroso. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, p. 28.

Disponível em: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias.medicamentos.pdf. Acesso em: 29 de agosto de 2008.

O foro mais propício para discutir a inclusão ou exclusão de algum medicamento é por via das ações coletivas, com legitimados ativos representativos do grupo, categoria ou classe e que permitem um amplo debate a respeito das prioridades, que são estabelecidas tendo em conta as peculiaridades de cada país e implementadas pelo Ministério da Saúde. Por isso, importante a decisão proferida pela Ministra do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie na SS 3073/RN[36], em que considerou inadequado fornecer medicamento que não constava da lista do Programa de Dispensação em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde. A Ministra enfatizou que o Estado do RN não estava se negando à prestação dos serviços à saúde e que decisões casuísticas, ao desconsiderarem as políticas públicas definidas pelo Poder Executivo, tendem a desorganizar a atuação administrativa, comprometendo as políticas de saúde ainda incipientes.

O caráter de importância nas ações individuais somente se vislumbra quando se tornam mecanismo de pressão para implementação das políticas públicas, como aconteceu nos casos dos portadores de vírus HIV[37], em que o Brasil se constitui em um país com tratamento que é uma referência. Nas primeiras demandas, a contestação do Estado era no sentido de isentar-se de responsabilidade e dizer que se o demandante havia contraído a enfermidade era porque tinha dado causa a isso, numa atitude nitidamente preconceituosa.

Outra crítica que se pode formular à judicialização das políticas públicas[38], em ações individuais, atinente à área da saúde, é a quebra de igualdade; ou seja: aqueles que dispõem de condições de demandar, seja por advocacia privada ou defensoria pública, têm vantagem, em relação aos que não tem acessibilidade ao Poder Judiciário, seja por falta de informação ou de instrumentalização (não instalação de Defensoria Pública em alguns estados).

As ações coletivas permitem a discussão ampla do arrolamento de algum outro remédio ou tratamento na lista dos essenciais. Veja-se a questão atinente à mudança de sexo[39]. Houve ajuizamento de ação civil pública pedindo a inclusão na tabela do SUS da transgenitalização, que foi julgada procedente. Tal redundou em alteração da posição administrativa, ocasionando a portaria do Ministério da Saúde de nº 1.707/2008, que incorpora a alteração de sexo como procedimento oferecido pela rede pública.

---

[36] STF, DJU 14/2/2007, SS 3073/ RN, Rel. Min. Ellen Gracie

[37] ‹http://www.fiocruz.br/aids 20 anos/ linha do tempo.html›. Acesso em: 1º de setembro de 2008.S

[38] Vianna (Org.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

[39] O início foi uma ação civil pública proposta pelo MPF/ RS, que ocasionou a decisão de 2007 do TRF-4 (Tribunal Regional Federal da 4ª Região) em que obrigava o SUS a fazer esse tipo de cirurgia. A decisão do TRF determinava que o governo federal tomasse todas as medidas que possibilitassem aos transexuais a realização da cirurgia de mudança de sexo pelo SUS.

"Direito Constitucional. Transexualismo. Inclusão na tabela do SUS. Procedimentos médicos de transgenitalização. Princípio da proibição de discriminação por motivo de sexo. Discriminação de gênero. Direitos fundamentais de liberdade, livre desenvolvimento da personalidade, privacidade e à dignidade humana e direito à saúde. Força normativa da Constituição." Rel. Roger Raupp Rios, Processo nº 2001.71.00.026279-9., D.E. 22/08/2007. Disponível em ‹http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/resultado_pesquisa.phd›. Acesso em 6/9/2008.

Três ponderações para que a discussão se trave em âmbito coletivo são apresentadas por Barroso[40]. Por primeiro, a discussão no âmbito coletivo exigirá a análise do contexto em que se situam as políticas públicas; por segundo, evita-se a questão da micro-justiça, ou seja, a preocupação do juiz com o deslinde daquela ação esquecendo-se da macro-justiça, atendimento com recursos limitados a demandas ilimitadas; por terceiro, a decisão proferida em decisão coletiva terá efeitos "erga omnes", preservando a igualdade e a universalidade do atendimento à população.

Destaca-se, também a importância do diálogo entre poderes e instituições. Nas varas da fazenda pública que se ocupam da matéria foram colocados farmacêuticos com o objetivo de auxiliar tecnicamente o juiz na avaliação de existência ou não de determinado medicamento equivalente na lista do SUS, similar ao solicitado. O diálogo entre os poderes e instituições pode servir como importante canal para resolução dos conflitos e dota o processo de elementos democratizantes, uma vez que permite o acesso a outros atores agora não mais afins ao processo de natureza individualista, mas partícipes da sociedade, que contribuem em maior ou menor medida para a construção da decisão em demanda de conteúdo complexo porque interdisciplinar.

Atinente aos medicamentos em experimentação, que não têm a sua eficácia comprovada, não podem ser objeto da inclusão em lista pelo Poder Judiciário. Deve-se, ainda, optar pelo genérico de menor custo, quando houver esta possibilidade.

Nos casos de demanda individual, compreende-se a agonia do cidadão que requer o remédio, da família que passa por uma situação difícil e do magistrado que muitas vezes se encontra em uma decisão entre a vida e a morte, iminentemente, mas se trava um embate entre as deliberações públicas e privadas e situações de risco em curto e médio prazo. Por exemplo, às vezes se gasta mais na parte curativa do que na preventiva. Vejam-se os números investidos em saneamento básico e construção de redes potável, comparativamente aos investidos na saúde[41]. Os primeiros são muito tímidos, se comparados aos segundos. E a ausência de investimento em saneamento básico é um foco para disseminar doenças, posteriormente. Então, na premência do momento, descuida-se de uma perspectiva de futuro.

Deste modo, a concessão dos medicamentos não deve se pautar por uma abordagem individual dos problemas sociais, mas pela busca de uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos, analisando-se os custos e benefícios desde o prisma das políticas públicas.

---

[40] Barroso. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, p. 31.

Disponível em: ‹http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias.medicamentos.pdf›. Acesso em: 29 de agosto de 2008.

[41] No Estado do Rio de Janeiro foram gastos com os programas de assistência farmacêutica R$ 240.621.568,00, enquanto que com o saneamento básico foram investidos R$ 102.960.276,00. Comparando-se as duas quantias, o gasto com saneamento é menos da metade. Disponível em: ‹http://www.planejamento.rj.gov.br/orcamentoRJ/2007_LOA.pdf›. Acesso em: 10 de outubro de 2007.

3. Considerações finais

Na perspectiva de novos temas referentes à administração, o controle judicial das políticas públicas é o tema pautado neste terceiro milênio, que coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, e que, por sua vez, é fruto da mudança de paradigma: a busca de efetividade dos direitos fundamentais. Assim, pretende-se contribuir ao debate, a fim de traçar os limites e possibilidades de atuação judicial no tocante às políticas públicas e construir um horizonte, com perspectiva favorável, para milhares de brasileiros que necessitam da eficácia dos direitos fundamentais sociais.

O Estado Social produziu a superação do conceito de interesse público, calcado exclusivamente a partir dos objetivos da administração, que foi substituído pelo interesse coletivo, aberto à participação popular. Voltando ao pensamento de Hannah Arendt, percebe-se que o direito à saúde está sendo construído por meio das políticas públicas de implementação de tratamentos e de medicamentos ditos essenciais, constituindo-se o Poder Judiciário num instrumento de realização dos direitos dos cidadãos, desde que se apliquem critérios adequados com os preceitos da Constituição, deixando-se o casuísmo e o subjetivismo, nesta seara. Outro importante aspecto a ser considerado é a atenção dos direitos sociais aos dispositivos orçamentários. Os últimos vinte anos de constitucionalismo democrático brasileiro demonstram esta busca de efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Deste modo, a crise do direito administrativo é uma mutação para adequar-se às transformações e mudanças sociais vividas no início do século XXI. É necessário voltar-se à pauta dos direitos fundamentais, que até hoje não foram efetivados de maneira universal, considerando, especialmente, o direito à saúde no Brasil. Somente assim poderemos acenar com a construção de um país com população mais saudável nas próximas gerações.

Como compatibilizar um sistema de saúde ideal inscrito na Constituição Federal com as questões econômicas? Sempre existirá um limite; o desafio é o melhor resultado ao menor custo possível. Tal embate também tem de conciliar os âmbitos individual e coletivo do direito à saúde. Não se pode abarcar tudo; então, o desafio é no sentido de adotar os procedimentos e medicamentos que não sejam experimentais e atendam à equação custo/utilidade. Para que isso não produza um engessamento da estrutura é necessário que os avanços tecnológicos venham acompanhados de critérios para sua incorporação ou para a ampliação de novos procedimentos e fármacos. O não atendimento destes balizadores gera distorções no sistema, propiciando distorções e desigualdade que comprometem todo o sistema. Deste modo, a dotação de assessoria técnica em centros de referência, por profissionais *ad hoc* e sem conflito de interesses, desvinculados da assistência e prescrição aos pacientes, representa um apoio multidisciplinar importante.

Passados 200 anos de histórica política brasileira e 20 anos da CF/88, a luta não é mais pela codificação de direitos, mas pela sua efetividade, por uma leitura madura dos direitos sociais, em geral, e do direito à saúde, em particular, que otimize os

recursos orçamentários existentes. O que torna o direito à saúde de maior complexidade para sua efetividade é a sua dependência de outras políticas públicas. A efetividade do direito social à saúde é diretamente relacionada à educação e informação; ambas se situam na esfera preventiva. A população com maior grau de instrução se alimenta melhor e tem mais cuidados com sua saúde. O direito à informação utilizado de uma maneira preventiva propicia o exercício do direito à saúde, e também a fiscalização a respeito da execução orçamentária.

A via a ser construída aponta que os organismos institucionais podem construir alternativas de aperfeiçoamento, objetivando a informação recíproca, com o propósito de melhorar a prestação do direito social à saúde mediante a racionalização de rotinas e procedimentos, conferindo-lhe maior efetividade, bem como a otimização de recursos e sua fiscalização. Enfim, cada um dos atores jurídicos e dos poderes comprometido no seu papel, trabalhando de maneira integrada. O STF, com a audiência nº 4, teve um papel importante por meio do diálogo interdisciplinar com a sociedade, abrindo-se democraticamente a ela. A partir deste debate importantes critérios serão formulados visando a concretização do direito fundamental à saúde. Nesse sentido, pende de construção legal e doutrinária uma adequada previsão dos processos coletivos, não obstante a existência de projetos de lei que nessa matéria tramitam no Congresso brasileiro, por um lado, e por outro a existência da prática das ações coletivas expressas, sobretudo por meio da ação civil pública e das ações coletivas ligadas ao direito do consumidor. Uma modificação cultural mais ampla, com a passagem do paradigma individualista para o coletivo, está inelutavelmente vinculada ao reconhecimento paulatino de que a efetivação do direito à saúde exige decisões jurisdicionais que tenham eficácia *erga omnes*, capazes de atingir grande parcela da população destinatária dos serviços de saúde. Finalmente, o exercício da oralidade que a audiência pública proporciona se afina à demanda por uma jurisdição mais próxima da sociedade e mais distante da burocratização e do puro tecnicismo.

Referências bibliográficas

AARON, Henry J.; SCHWARTZ, William B. *The Painful Prescription: rationing hospital care*. Washington: The Brookings Institution, 1981, p. 81 *apud* AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENDT, Hannah. *Eichman em Jersusalém*. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*, 1ª ed, 4ª reimp., Madri: Ed. Gredos, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias.medicamentos.pdf. Acesso em: 29 de agosto de 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social.* São Paulo: Malheiros, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Gomes. O ativismo judiciário: Entre o nacionalismo, a globalização e a pobreza. *In:* MOURA, Lenice Moreira (Org.). *O novo constitucionalismo na era pós-positiva.* São Paulo: Saraiva, 2009.

FISS, Owen. *Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade.* São Paulo: RT, 2004.

GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Orçamento consolidado 2007. Disponível em: http://www.planejamento.rj.gov.br/orcamentoRJ/2007_LOA.pdf. Acesso em: 10 de outubro de 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M. *Come studiare le politiche pubbliche*. Bologna: Il Mulino, 1995, p.5. Tradução do original *Studying Public Policy: Policy cycles and policy subsystems*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

JELLINEK, Georg. System der Subjektiven öffentlichen recht, zweit durchgesehene und vermehrte auflage, anastatischer neudruck der ausgabe von 1905. Tübingen, 1919.

KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Fabris, 2002.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. A responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Pautas para establecer políticas farmacéuticas nacionales. Ginebra: OMS, 1988.

POCHMANN, Márcio. Assegurar o bem-estar coletivo. Le monde diplomatique. Ano 3. Número 28. Nov/2009.

RELATÓRIO do PNUD para a América Latina e o Caribe. Disponível em: http://www.pnud.org.br/pobreza_desigualdade/.

SANCHIS, Luis Prieto. Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. El Canon neoconstitucional. Bogotá: Universidad Externado, 2010.

SARAIVA, Paulo Lopo. Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil. 1983.

SARLET, Ingo W. O acesso às prestações de saúde no Brasil – os desafios do Poder Judiciário. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude

SARLET, Ingo W. A eficácia dos direitos fundamentais.

SIGMANN, Jean. *1848: Las revoluciones románticas y democráticas de Europa*. 3ª ed., Madri: Siglo veintiuno editorial, 1985.

SOBRAVIME. *O que é o uso racional de medicamentos*. São Paulo: SOBRAVIME, 2001.

TARUFFO, Micheli. *Páginas sobre justicia civil.* Madri: Marcial Pons, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck (Org). A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, PP 449-460, ISSN 1510-4974

Pedro Martínez Ruano (España)*

Los modelos latinoamericanos y europeos de control electoral

RESUMEN

El estudio tiene por objeto analizar la distinta orientación que se ha producido en Europa y en Latinoamérica en relación con los mecanismos de control de los procesos electorales. El punto de partida será el análisis del control parlamentario como modelo originario, para a continuación determinar cómo dentro del derecho comparado son tres las modalidades clásicas de control del proceso electoral: el control parlamentario, el control jurisdiccional y el control constitucional. A estos tres modelos clásicos se debe añadir el control realizado por órganos administrativos y jurisdiccionales *ad hoc* y el control mixto. La parte final del estudio se dedica a concretar cómo ha evolucionado el control electoral en Europa y en América Latina; una evolución en la que en Europa se ha derivado en general hacia fórmulas judiciales o constitucionales, mientras que en Latinoamérica se ha optado por tribunales *ad hoc* que progresivamente han incrementado su ámbito competencial.

Palabras clave: control del proceso electoral, poderes del estado, control parlamentario, control jurisdiccional, tribunales constitucionales, América Latina, Europa.

ZUSAMENFASSUNG

Die Untersuchung beabsichtigt eine Analyse der unterschiedlichen Ansätze bezüglich der Mechanismen zur Überwachung von Wahlvorgängen in Europa und Lateinamerika. Dabei wird von der Analyse der Überwachung durch das Parlament als ursprünglichem Modell ausgegangen, um daran eine rechtsvergleichende Analyse der drei klassischen Formen der Überwachung von Wahlvorgängen anzuschlieben: die parlamentarische Kontrolle, die gerichtliche Kontrolle und die Verfassungskontrolle. Diesen drei klassischen Modellen ist die Überwachung durch *ad hoc* gebildete Verwaltungs- und Gerichtsorgane sowie die gemischte Kontrolle hinzuzufügen. Der Schlussteil der Untersuchung dient der Darstellung der Entwicklung der Wahlüberwachung in Europa und Lateinamerika; dabei hat sich Europa in der Regel in die Richtung gerichtlicher oder verfassungsmäbiger Lösungen entwickelt, während sich Lateinamerika für *ad hoc*-Tribunale entschieden hat, die ihre Kompetenzen zunehmend ausgeweitet haben.

---

* Doctor en Derecho Constitucional, profesor contratado y vicesecretario general de la Universidad de Almería (España). Especialista en Derecho Electoral, Parlamentario y Estado Autonómico. ‹pmruano@ual.es›

Schlagwörter: Kontrolle der Wahldurchführung, Staatsgewalten, parlamentarische Kontrolle, gerichtliche Kontrolle, Verfassungsgerichte, Lateinamerika, Europa.

ABSTRACT

The study analyses the different options taken in Europe and Latin America with regard to control mechanisms for electoral processes. First, parliamentary control is analysed as the original model; then, the three classic forms of control of the electoral process in comparative law are reviewed: parliamentary control, jurisdictional control and constitutional control. To these three classic models we should add the control that is carried out by administrative entities and *ad hoc* courts and mixed control. Finally, the paper focuses on the evolution of electoral control in Europe and Latin America: in Europe the trend has been, in general, toward judicial or constitutional solutions, while in Latin America *ad hoc* courts have been preferred and have progressively increased their sphere of competence.

Keywords: control of the electoral process, powers of the State, parliamentary control, judicial control, constitutional courts, Latin America, Europe.

1. El control parlamentario

El control parlamentario es el primero que surge históricamente, al ser una mera continuación en el Estado constitucional del procedimiento de verificación de poderes existente en los antiguos parlamentos medievales. Como manifestación ahora de la soberanía de las cámaras, su aparición tiene inicialmente lugar en las constituciones de los primeros estados surgidos tras las revoluciones burguesas, como Estados Unidos y Francia, si bien en Inglaterra la Cámara de los Comunes ya había conquistado este privilegio en el siglo XVII.

Considerado como una garantía frente al Poder Ejecutivo, encargado de organizar las elecciones y convocar a los electores,[1] esta será la modalidad de control de las actas electorales establecida en la inmensa mayoría de los textos constitucionales que vieron la luz en Europa occidental durante el siglo XIX.

Esencialmente, este modelo se caracteriza por que es el propio Parlamento, ya sea en pleno o a través de alguna comisión, el que determina la validez de la elección de sus miembros en última instancia, y sin posibilidad de recurso alguno. Ello no impide la posible existencia, al margen y con carácter previo y subsidiario, de otros controles de naturaleza administrativa o jurisdiccional establecidos en la legislación electoral o en la misma Constitución. Como es lógico, y a pesar de que estos rasgos fundamentales no se prestan a grandes diferencias entre unos países y otros, el procedimiento específico a través del cual dicho control se ejerce varía, a veces de manera significativa, en cada uno de ellos. Así, por traer a colación dos ejemplos especialmente representativos, en Inglaterra la Cámara únicamente se ocupaba de examinar las actas de los

[1] Adhémar Esmein: *Elements de droit constitutionnel français et comparé,* París: Société du Recueil Sirey, 1921.

parlamentarios cuya elección había sido impugnada, por lo que su actuación no tenía lugar de oficio sino como consecuencia de un litigio. Por el contrario, en Francia este examen se extendía a todas las actas, hubieran sido o no objeto de impugnación, como una suerte de confirmación preceptiva de cada elección por la Cámara en demostración de su soberanía.

El modelo parlamentario de control electoral estuvo desde sus inicios sometido a un juicio crítico. En este sentido, Pérez Serrano ya señalaba:

> […] una Cámara, propicia a sentirse soberana, propende a olvidar la Ley, a dar por buena una elección dudosa, a reconocer capacidad a quien no la posee y, en suma, a resolver con criterio apasionado, tendencioso o partidista, temas de estricto valor jurídico, en que toda serenidad sería poca, y en que el espíritu de partido puede cometer atropellos de que está llena muchas veces la Historia parlamentaria.[2]

Este modelo de control, al margen de los problemas políticos que planteaba, suscitaba, como puso de manifiesto Santamaría de Paredes,[3] un problema teórico-jurídico que no se presta a ninguna solución satisfactoria. En efecto, resulta un tanto contradictorio y paradójico que las cámaras puedan reunirse válidamente con el fin de aprobar las actas de sus miembros electos cuando este es un requisito indispensable para que ellas se constituyan. Algunas Constituciones del siglo pasado, como la de Wurttemberg, intentaron resolver este problema otorgando a una suerte de comisión permanente entre legislaturas —llamada *Comité de los Estados*— la competencia para verificar la validez de los dos primeros tercios de las actas. Inmediatamente después se daba paso a la constitución de las cámaras con los parlamentarios cuya elección se había verificado, los cuales se encargaban de calificar las que quedaban. No obstante, el propio Santamaría de Paredes destaca en este caso el hecho de que el rey pudiera agregar delegados a dicho comité, lo que desvirtuaba considerablemente la naturaleza del procedimiento.[4]

Más corriente era, sin embargo, que las cámaras se constituyeran de manera provisional, como ocurría por ejemplo en Francia, hasta que se admitiese el número de representantes necesario para votar válidamente las leyes. Conseguido dicho *quorum,* se examinaba el resto de las actas, que solían ser las más controvertidas, y esta era la única función de la cámara hasta la finalización del procedimiento de verificación. En cualquier caso, hemos de señalar que no fue inusual que dicho control parlamentario se llevara a cabo por una comisión compuesta, proporcionalmente, por las fuerzas más representativas del parlamento saliente, con los problemas derivados del deseo de perpertuarse en el poder que se podían derivar de ello.

---

[2] Nicolás Pérez Serrano: *Tratado de derecho político*, Madrid: Civitas, 1976. La constatación práctica de esta realidad podrá comprobarse en los diarios de sesiones de las Cortes.

[3] Vicente Santamaría de Paredes: *Curso de derecho político,* Madrid: E. T. Ricardo Fé, 1890.

[4] Ibídem, p. 312.

Aunque el control parlamentario sigue siendo el mayoritario en la actualidad, al mantenerse en aquellos países que no han sufrido grandes sobresaltos constitucionales (como Estados Unidos, Italia, los países escandinavos o del Benelux),[5] lo cierto es que desde finales del siglo pasado se encuentra en franco retroceso.

Varias han sido las causas apuntadas en cuanto a la crisis del modelo parlamentario, las cuales pueden ser consideradas, asimismo, como causas de la evolución del control electoral. A modo de ejemplo basta señalar las siguientes:

> […] la consolidación del Estado de Derecho, la crisis de la Teoría de la Soberanía del Parlamento, la independencia del Poder Judicial y, sobre todo, en el régimen parlamentario, la transformación de la dialéctica Parlamento-Corona en dialéctica mayoría minoría.[6]

Como consecuencia, instituciones que tenían una especial significación como instrumento de protección de las minorías sufrían la paradoja de ser administradas políticamente por las mayorías en contra de las primeras.

El control parlamentario, por distintas razones, no fue fiel a los fines y objetivos de la institución de la verificación de poderes. El control de legalidad electoral, una vez a merced de las mayorías parlamentarias, se transformaba inexorablemente en la indefensión jurídica de las minorías electorales.

En efecto, perdida tras la consolidación del Estado constitucional esa condición de garantía frente al Ejecutivo a que nos referíamos en un principio y que constituyó su razón de ser originaria, el sistema empezó a plantear ya más inconvenientes que ventajas. Gran Bretaña fue la primera en abandonarlo, concretamente con la aprobación de la *Parliamentary Election Act,* en 1868. También, a principios del siglo XX, algunos países optaron por suprimirlo, como Alemania con el paso del Imperio a la República de Weimar.[7]

Pero sobre todo fue tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial cuando este fenómeno de abandono del modelo parlamentario se generalizó, hasta el punto de que la gran mayoría de los países, esencialmente europeos, que han abierto procesos constituyentes a partir de esa fecha han optado por establecer otras modalidades de control. Estos han sido, por ejemplo, los casos de Alemania, con la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que atribuye en última instancia la decisión al Tribunal Constitucional Federal; de Francia, con la transición de la IV a la V República de 1958, que lo hizo a favor del Consejo Constitucional; y ya más recientemente Grecia y Portugal, con las Constituciones de 1975 y 1976, respectivamente, así como España con la Constitución de 1978.

---

[5] Constituciones de Dinamarca, Noruega, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Islandia o Suecia.

[6] Alfonso Fernández-Miranda Campoamor: "Art. 70. Causas de inelegibilidad e incompatibilidad y control judicial de las actas electorales", en *Comentario a las leyes políticas*, Madrid: Edersa, 1989.

[7] Leopoldo Elia: "Elezioni politiche (contenzioso)", en *Enciclopedia del Diritto,* Milán: Giuffrè, 1962.

En cambio, Italia volvió a incorporar el control parlamentario en la vigente Constitución de 1947. Y es precisamente en este último país donde ha seguido reproduciéndose entre la doctrina y la opinión pública el debate en torno al inconveniente fundamental que tradicionalmente se ha achacado a este tipo de control y que constituyó el motivo determinante para su sustitución en la mayoría de estos países: nos estamos refiriendo al de su falta de imparcialidad. En efecto, en este sentido hoy se manifiestan, igualmente, diversos sectores muy representativos de la doctrina italiana, partidarios[8] de liberar de esta tarea a las cámaras y conferirla a un órgano de naturaleza jurisdiccional.

2. La evolución de control electoral en Europa

2.1. El control jurisdiccional

Como consecuencia de las causas apuntadas, junto con el modelo de control parlamentario, en el cual es la propia Cámara la que tiene la última palabra sobre la validez de las actas de sus miembros, aparecerá el modelo de control jurisdiccional, en el que son órganos de esta naturaleza los encargados de dilucidar los conflictos que dichas elecciones susciten. En sí mismo, este modelo excluye cualquier participación a posteriori del Parlamento en el control del proceso electoral, aunque no impide la combinación del control judicial con otro tipo de controles previos de naturaleza administrativa.

A este respecto hemos de tener en cuenta la opinión de Solozábal,[9] quien señala que la atribución a los jueces del control del proceso electoral solo es imaginable partiendo de la aceptación, en el edificio institucional del Estado, del Parlamento como órgano constitucional independiente y autónomo de otros poderes, asumiendo el carácter materialmente jurisdiccional de la disputa sobre la validez de las actas y adquiriendo conciencia sobre los abusos del propio Parlamento en la verificación de los poderes de sus miembros.

Asimismo, debe señalarse en este momento, aunque se destacará posteriormente, que la práctica inexistencia de modelos puros posibilita que las decisiones que tomen los órganos jurisdiccionales en algunos casos sean revisables ante los órganos supremos en materia constitucional, ya sea porque afecten los derechos fundamentales de los ciudadanos, ya sea por problemas de constitucionalidad de la legislación electoral a aplicar por los órganos judiciales.

Se ha señalado que fue Gran Bretaña, con la *Parliamentary Election Act* de 1868, reformada en 1879, el primer país que abandonó el hasta entonces hegemónico control parlamentario de las actas electorales con la transferencia a la jurisdicción ordinaria del juicio sobre su validez. A partir de entonces este se atribuyó a dos jueces de la King's

[8] Entre otros, Manlio Mazziotti: "Osservazioni sulla natura dei rapporti fra la Giunta delle elezioni e la Camera dei deputati", en *Giurisprudenza costituzionale*, Milán: Giuffrè, 1958.

[9] Juan José Solozábal Echevarría: "Sobre la jurisprudencia constitucional en materia electoral", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 1990.

Bench Division de la High Court of Justice. En realidad, se trataba de una renuncia de la Cámara de los Comunes a un privilegio del que había venido gozando desde siglo y medio antes; de ahí que se estableciera la necesidad de que la decisión judicial fuera aceptada por aquella para salvaguardar su soberanía.[10]

Además, la intervención judicial se lleva a cabo solamente respecto a las actas impugnadas; en caso contrario es la Cámara la que continúa pronunciándose de oficio sobre la elegibilidad del candidato electo. De cualquier modo, que la sustitución por primera vez del tradicional sistema de control parlamentario por otro de naturaleza jurisdiccional localizado en el Poder Judicial se produjera precisamente en este país no es un hecho en absoluto casual. Como reconocen algunos autores de la época, Gran Bretaña es probablemente el único país europeo donde a la sazón resultaba viable la instauración de un control de esta índole, dada la autoridad moral que habían conseguido alcanzar los tribunales de justicia dentro del sistema político.[11]

En la actualidad el procedimiento se encuentra recogido en la *Representation of the People Act,* de 1949, texto incluido en la refundida Ley Electoral de 1983, y son asimismo competentes la Court of Session y la High Court of Justice para conocer de la impugnación de las elecciones celebradas en las circunscripciones de Escocia y de Irlanda del Norte, respectivamente.[12]

Aparte de garantizar mejor la imparcialidad en la resolución de los conflictos, una de las ventajas que se suele atribuir al control jurisdiccional es que evita el problema teórico en torno a la aptitud de las cámaras para pronunciarse sobre la validez de las actas de sus propios miembros, al recaer este cometido sobre un órgano ajeno a ellas.[13] Su inconveniente principal es que, por la propia naturaleza de la decisión a adoptar, coloca en algunas ocasiones a los órganos jurisdiccionales en el centro de la batalla política, lo cual no deja de constituir un problema grave, sobre todo en aquellos países donde, a diferencia del citado, el Poder Judicial carece de la independencia necesaria para desempeñar adecuadamente su función.

A partir del siglo XX, la gran mayoría de los países europeos que decidieron abandonar el control parlamentario de las actas electorales se decantaron también por la incorporación de un sistema de naturaleza jurisdiccional. No obstante, en algunos de ellos esta labor no fue encomendada al Poder Judicial, sino que se trasladó, bien a un órgano *ad hoc* encargado exclusivamente de ella, bien a una institución de nueva creación en el constitucionalismo de entreguerras: los tribunales constitucionales. Estos fueron los casos de Checoslovaquia y Austria, cuyos textos constitucionales de 1920 otorgaron esta competencia a un tribunal electoral especial (artículo 19) y a la Corte Constitucional (artículo 141.1 letras *a* y *b*), respectivamente. Algunos años más tarde, el ejemplo sería imitado por Francia, toda vez que la Constitución de 1958 confiere al

[10] Paolo Biscaretti di Ruffia: *Derecho constitucional,* Madrid: Tecnos, 1987.

[11] Esmein: o. cit.

[12] Thomas Erskine May: *Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament,* Londres: Charles Knight, 1844.

[13] Santamaría de Paredes: o. cit., pp. 311-312.

Consejo Constitucional el control de las elecciones presidenciales y parlamentarias (artículos 58 y 59).

En cambio, países que abrieron sus procesos constituyentes no hace mucho tiempo, como Grecia y Portugal, han preferido atribuir ese control a órganos incardinados en el Poder Judicial. Asimismo, hay que hacer referencia a la progresiva implantación del modelo de control jurisdiccional en países donde el modelo de control parlamentario tiene un importante arraigo. Así, básicamente, este es el sistema empleado en Italia para las elecciones de carácter local, cuyo contencioso-electoral se ha residenciado en la jurisdicción ordinaria y administrativa. Igualmente, hemos de referirnos a Estados Unidos, donde el control judicial de los procesos electorales se ha ido ampliando de la mano de la protección de los derechos de los partícipes en el proceso electoral. Sirva como ejemplo su decisiva intervención en la resolución de los conflictos electorales acaecidos en el estado de Florida durante las elecciones presidenciales de noviembre del 2000.

Al margen de cualquier otra consideración, el modelo de control judicial merece una consideración altamente positiva en la medida en que traslada el control de legalidad de las elecciones y la protección de los derechos de los participantes en ellas a su instancia natural dentro de un Estado de derecho.

2.2. El control constitucional

Otra forma de control de las actas electorales por la que han optado los países que en algún momento han llegado a abandonar el originario control parlamentario es el control constitucional; modelo de control que puede incluir en su seno al resto de formas de control, de forma eventual y/o subsidiaria, y que conforma a la Corte Constitucional en órgano de control de las elecciones, que en última instancia determina la pureza del proceso electoral. Ahora bien, este modelo ha sido calificado en ocasiones —entiendo que erróneamente— como *control mixto.* Esta denominación suelen incluir los sistemas que no participan estrictamente de la naturaleza de ninguno de los dos anteriores; aunque, desde un punto de vista estricto, haría referencia solo a aquellos procedimientos de verificación de actas que, de una manera u otra, han incorporado elementos propios de ambos, sea por la composición mixta del órgano encargado de desempeñar dicha función, por la distribución de competencia entre órganos parlamentarios y jurisdiccionales según el objeto del recurso o, finalmente, por la atribución de este cometido en sucesivas instancias a órganos de una y otra naturaleza. Entre estos sistemas mixtos podría mencionarse el caso de Finlandia, donde se atribuye el control de las credenciales de los parlamentarios a una comisión nombrada por el presidente de la República contra cuya decisión cabe un recurso ante la propia Cámara (artículo 24 de la Ley Orgánica del Parlamento).

Pero sin duda es Alemania el más claro exponente de este modelo y, sobre todo, el que ha provocado no poca divergencia doctrinal, pues no en vano lo ha conocido en sus dos principales facetas (judicial y parlamentario) a lo largo de su historia reciente. En efecto, la Constitución de Weimar de 1919 encomendó por primera vez esta función a un Tribunal de Actas integrado por miembros del Reichtag y por miembros del Tribunal Administrativo del Reich, estos últimos nombrados por el jefe de

Estado (artículo 31). En la actualidad, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 atribuye en primera instancia al Bundestag el examen de las actas de sus miembros, si bien frente a la decisión de la Cámara cabe interponer un recurso de queja ante el Tribunal Constitucional Federal (artículo 41).[14] Por ello, en puridad, este modelo, al igual que el francés, sería calificable como de *control constitucional del proceso electoral.*

En este sentido, fue el artículo 141 de la Constitución austríaca de 1920 el que instauró por primera vez una jurisdicción constitucional para resolver sobre la validez de las elecciones protestadas del Consejo Nacional, del Consejo Federal, de las dietas y de todas las asambleas representativas.

Este precepto influiría en la Constitución republicana española de 1931, la cual contemplaría la existencia de un Tribunal de Garantías Constitucionales, el cual, entre otras funciones, examinaría y aprobaría los poderes de los compromisarios que, juntamente con las Cortes, elegían o destituían al presidente de la República. Aunque esta facultad no llegó a ampliarse respecto a la validez de las elecciones a Cortes, merece recordarse que el anteproyecto de Constitución republicana elaborado por la Comisión Jurídica Asesora sí contemplaba esta posibilidad.

Ahora bien, hay que delimitar correctamente el modelo de control constitucional de otras modalidades en las que eventualmente puedan participar las cortes constitucionales. La principal diferencia estribaría en la consideración o no de las cortes constitucionales como auténticos tribunales electorales ante los que dilucidar en última instancia cualquier tipo de controversia de naturaleza electoral. Por el contrario, en estos otros modelos, la intervención de las cortes constitucionales se enmarcaría dentro de su ámbito ordinario de competencias, justificándose solo por ese motivo. Así, como sucede en el caso español, el Tribunal Constitucional actuaría en la medida en que constitucionalmente tiene atribuida la protección de los derechos y libertades fundamentales, incluidos los de participación política, y no por tener encomendada la función de control electoral.

Al hilo de lo comentado, se ha de mencionar de especialmente el control constitucional, ya que, como instrumento de defensa de los derechos de representantes y representados en el curso del proceso electoral, ha puesto en tela de juicio la amplitud y perfección de los modelos de control parlamentario y judicial.

3. El control electoral en Latinoamérica: las organizaciones *ad hoc*

Finalmente, hay que aludir a las macroorganizaciones electorales de naturaleza administrativa o jurisdiccional, creadas en bastantes países, a las que se encomienda un

[14] Artículo 41 de la Ley Fundamental de Bonn:

"1. Compete a la Dieta Federal el examen de las credenciales de sus miembros. La Dieta Federal decidirá también si un diputado ha perdido su mandato.

"2. Contra el acuerdo de la Dieta Federal se dará recurso ante el Tribunal Constitucional Federal.

"3. Se establecerán por Ley federal las normas de desarrollo."

gran número de funciones, algunas de ellas no estrictamente electorales, como pueden ser las de registro civil. Así las cosas, en la mayor parte de los países iberoamericanos se han implantado organizaciones *ad hoc* encargadas de controlar y de organizar el proceso electoral, que han adquirido gran importancia debido a la cantidad y la naturaleza de sus competencias.

Así las cosas, la actual conformación del control electoral en Latinoamérica viene marcada por la lucha generalizada por unas elecciones limpias; reivindicación que se ha mostrado tan importante como la del sufragio universal, la representación de las minorías o la representación proporcional.

La historia electoral de Latinoamérica no difiere mucho de la europea. Desde su mismo origen fue objeto de numerosas críticas tanto lo relacionado con la organización de las elecciones como con su juicio o calificación. En este sentido, sobre la organización se afirmaba que los organismos electorales eran manejados en última instancia por el Ejecutivo, con lo que a este se le abrían todas las puertas para manipular los resultados electorales, mientras que la calificación de las elecciones, por muchas décadas reservada a los propios parlamentos,[15] era censurada fuertemente por los abusos que estos solían cometer.[16]

Ante esta situación, desde el decenio de 1920 se inició un proceso de creación de organismos electorales centralizados y especializados y, por lo menos en lo nominal, independientes de los poderes Ejecutivo y Legislativo. Así, en su obra sobre las tendencias constitucionales en América Latina entre 1945 y 1956,[17] Miranda señalaba como principales preocupaciones y objetivos de los constituyentes de ese orbe en los últimos tiempos "subsanar los muchos y arraigados vicios que padece en casi todos los países latinoamericanos el organismo electoral". Señalaba que, a tal propósito, lo que "han arbitrado legislativamente consiste en normas reguladoras y cuerpos especiales encargados de la organización y el control electoral, normas y cuerpos que hacen ya su aparición en los códigos políticos de la posguerra 1918-1939".[18]

---

[15] A este respecto puede consultarse Héctor Gros Espiell: *La Corte Electoral*, Montevideo: 1960, o Jean-Paul Charnay: *Le contrôle de la regulante des elections parlementaires*, París: Pichon & Durand-Auzias, 1964.

[16] Los abusos de los parlamentos en la calificación de las elecciones de sus miembros se han observado también en otros países, desde mucho tiempo atrás. Nicola Matteucci (*Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Madrid: Trotta, 1998) comenta que en 1769 la Cámara de los Comunes expulsó cuatro veces de su seno al diputado Wilkes, quien había sido regularmente reelegido por el condado de Middlessex. La Cámara declaró legalmente vencedor al adversario de Wilkes, con el fin de librarse de la incómoda presencia de este.

[17] José Miranda: *Reformas y tendencias constitucionales recientes en América Latina (1945-1956)*, México: 1957.

[18] Mariano Fiallos Oyanguren ("Los organismos electorales en el proceso de consolidación democráticaen América Latina", en J. Pretelt y J. M. Ramírez [comps.]: *Democracia política y electoral en América Latina*, Bogotá: 2000) afirma que este proceso se inició en la región con la creación de la Corte Electoral y el Registro Cívico Nacional uruguayos, en 1924. Véase también Helen Clagett: *Administration of Justice in Latin America*, Nueva York: 1952, p. 98; William Pierson y Federico Gil: *Government of Latin America*, Nueva York, 1957, p. 339, quienes en el decenio de 1950 resaltaban, igualmente, la existencia de tribunales especiales para los asuntos electorales. Hay que añadir que esta corriente se apoyó también en la tendencia, surgida en la primera posguerra europea, de retirar de los parlamentos la calificación de las elecciones y trasladar esta atribución a órganos

Partiendo de dichos antecedentes, hoy los países latinoamericanos poseen un órgano estatal encargado de las funciones electorales, el cual se encuentra situado en la mayoría de los casos al margen de los tres poderes públicos tradicionales, por lo cual muchos autores tienden a calificarlos como *cuarto poder del Estado,* mientras que en tres países (Argentina, Brasil y Paraguay) está integrado al Poder Judicial.

En este periodo se ha desarrollado un proceso de consolidación de estos organismos, mediante el cual han pasado a ser, en casi todos los casos, materia de regulación constitucional y han adquirido carácter permanente. Asimismo, han ido asumiendo, aun cuando cabe hacer diferencias según el país, más y más funciones, como la calificación de las elecciones y la elaboración del registro electoral, y en ciertos casos también la de los registros fundamentales para él, como el registro civil y el registro de ciudadanos, la reglamentación de la ley electoral, el reconocimiento y la cancelación de la personalidad jurídica de los partidos políticos, la administración de los fondos públicos para la financiación de los partidos y de las campañas electorales, el control de las cuentas de los partidos, el control de todo lo relacionado con la propaganda electoral en las campañas electorales, el control de la vida interna de los partidos, etcétera.

El análisis de la situación general actual de los organismos electorales en la región muestra que las constituciones y las leyes electorales les asignan, aunque con diferencias de país a país, gran número de atribuciones. Más aún, estas facultades han aumentado en los últimos tiempos y es muy posible que continúen incrementándose. Ello, en vista del carácter permanente que se les ha otorgado; de la consagración de mecanismos de participación popular en gran número de países; del hecho de que se afirma que en los periodos interelectorales podrían asumir más tareas, y de la percepción de la necesidad de, por ejemplo, robustecer la educación política de los ciudadanos y contribuir a la modernización e institucionalización de los partidos políticos, tareas que se considera deberían asumir las cortes electorales, debido al entendimiento de que ellas, al menos en teoría, no están comprometidas políticamente. Lo anterior significa que los organismos electorales supremos son instituciones de primer orden dentro de los sistemas políticos nacionales, puesto que muchas de sus decisiones versan sobre asuntos políticos de gran calado y afectan de manera definitiva el futuro y la estabilidad política de los países.

Por otra parte, la amplitud de las tareas de los órganos electorales trae consigo también peligros, en la medida en que aquellos pueden llegar a ser utilizados para servir a determinados fines políticos. Así, el hecho de que en la mayoría de los países aquí tratados se haya decidido asignar estas prerrogativas a los órganos supremos electorales resulta del propósito de evitar que los tribunales judiciales ordinarios se vean involucrados en las contiendas políticas,[19] así como del deseo de extraer la calificación

especiales o al mismo Poder Judicial. Así lo hicieron las Constituciones de Weimar en 1919 y las de Austria y Checoslovaquia de 1920. Véase Gros Espiell: o. cit.; Jean-Paul Charnay: o. cit.; Fávila Ribeiro: *Direito Eleitoral*, Rio de Janeiro, 1976; Segundo Linares Quintana: *Los partidos políticos. Instrumentos de gobierno*, Buenos Aires, 1945.

[19] Héctor Fix-Zamudio: "Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos", en H. Fix-Zamudio et al.: *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, México, 1977; Segundo Linares Quintana: *Tratado de la ciencia constitucional del*

de las elecciones de la órbita de acción de los congresos, con los cuales se acumularon experiencias negativas durante muchos años. De este modo, diversas experiencias en la región han mostrado que las facultades de los órganos supremos electorales relacionadas con los partidos políticos pueden utilizarse para restringir o reprimir a la oposición.[20]

La incertidumbre que crea la acumulación de tan importantes funciones en los órganos supremos electorales remite a la necesidad de garantizar su imparcialidad en las elecciones. Para ello es de decisiva importancia observar cómo se integra y, en especial, cuáles son las posibilidades de interferencia de los órganos políticos por excelencia, es decir, de los poderes Ejecutivo y Legislativo y de los partidos políticos, en el proceso de nombramiento de los magistrados de las cortes electorales.

Estas organizaciones merecen esencialmente dos comentarios. El primero, que han sido esenciales para legitimar los jóvenes sistemas democráticos en los que se han aplicado. Y el segundo, que *a contrario sensu*, el inmenso poder e implantación que ostentan hace temer a ciertos sectores que su existencia no sirva sino para seguir encubriendo un sistema que, en general, se ha caracterizado por su corrupción institucionalizada. Esos sectores entienden que estas organizaciones, como integrantes de una macroestructura corrupta, están condenadas a la misma corrupción y, por tanto, no serán sino instrumentos del sistema destinados a la perpetuación en el poder de quienes lo ejercen.

4. Conclusiones

En la actualidad existen muy pocos modelos puros, por no decir ninguno, al margen de que prácticamente todas las legislaciones electorales incorporan controles de naturaleza administrativa con mayor o menor carácter decisorio. En casi todos los ordenamientos jurídicos se combinan los distintos modelos en función del tipo de elección que se va a llevar a cabo.

Por ejemplo, en Italia o Francia las elecciones municipales o administrativas son controladas por órganos de naturaleza jurisdiccional o administrativa, mientras que las elecciones parlamentarias son controladas por el propio Parlamento o por el Consejo Constitucional. En países de marcado carácter parlamentario en el control del proceso electoral, como Estados Unidos, cada vez más el Tribunal Supremo intenta arrogarse competencias en esta materia, aunque sea residualmente a través del control de constitucionalidad de las leyes electorales. En la República Federal de Alemania,

---

derecho, t. VII, Buenos Aires, 1960; Ricardo Haro: "Las cuestiones políticas: ¿prudencia o evasión judicial? (Análisis del derecho constitucional argentino)", en *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, t. I, México, 1988; Felipe Tena Ramírez: *Derecho constitucional mexicano*, México: Porrúa, 18.ª ed., 1981; Miguel González Avelar: *La Suprema Corte y la política*, México, 1979.

[20] Jorge M. García Laguardia: "Régimen constitucional de los partidos políticos en Centroamérica", en Fundación Friedrich Ebert e Instituto de Cooperación Iberoamericana: *Sistemas electorales y representación política en América Latina*, t. I, Madrid, 1986; véase asimismo Ronald McDonald: "Electoral Fraud and Regime Controls in Latin America", *The Western Political Quarterly*, vol. XXV, Salt Lake City, 1972.

el control previo parlamentario es recurrible ante el Tribunal Constitucional Federal. Y a todo ello se deben añadir las macroorganizaciones judiciales, administrativas o constitucionales creadas en bastantes países iberoamericanos con la intención de controlar el proceso electoral, a las que por distintas razones les es bastante difícil ejercer sus funciones de acuerdo con la finalidad que cualquier institución de este tipo tiene encomendada.[21]

La distinta evolución de los modelos de control electoral en Europa y América Latina viene determinada por una serie de factores, algunos comunes y otros específicos. El principal factor común es la desconfianza en el histórico modelo de control parlamentario, como consecuencia de la aplicación partidista y parcial de las normas electorales por las comisiones parlamentarias encargadas de verificar y controlar las actas.

Los organismos electorales nacen en todos los países por las deficiencias o carencias, tanto en términos materiales como de neutralidad, de dos de las ramas de la organización de la separación de poderes: el Poder Ejecutivo y el Judicial, si bien es cierto que fue el fracaso del tercero de los poderes, el Legislativo, el que provocó el cambio en los modelos de control del proceso electoral.

En este contexto, el modelo de control y de organización electoral viene determinado por el grado de confianza en las instituciones que deben llevar a cabo dicha labor. De tal modo que, cuanto menor sea el grado de confianza, el modelo de control será más amplio, complejo y garantista.

En cualquier caso, el correcto funcionamiento de una organización electoral, más allá del grado de desconfianza que lo haya generado, dependerá del grado de consolidación que las prácticas democráticas hayan alcanzado en dicho país y del nivel de corrupción política que exista. En algunos casos el nivel de corrupción es casi directamente proporcional al volumen que ocupa la organización electoral, y en ocasiones llega incluso hasta el seno de esa misma organización, como parte del sistema en el que se desarrolla.

De tal modo, toda organización electoral, aun siendo heredera del pasado, para que su actuación se acomode a los principios que deben inspirar todo sistema electoral, deberá desenvolverse en un contexto que haga materialmente realizables las aspiraciones que se derivan del principio democrático.

A partir de estas consideraciones, el análisis de cualquier modelo obligará a ir un poco más allá de la mera descripción, en busca de los problemas reales que afectan a cada uno de ellos, para determinar en qué medida se materializan los principios aludidos.

---

[21] Pablo Santolaya Machetti: "La administración electoral", en *Administraciones Públicas y Constitución,* Madrid: INAP, 1999, pp. 656 ss.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, PP 463-483, ISSN 1510-4974

Leonardo Martins* e Thiago Oliveira Moreira**

Constitucionalidade e Convencionalidade de Atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira

RESUMO

Descrevem-se os controles de constitucionalidade e convencionalidade no contexto da vigente situação jurídico-constitucional brasileira. A despeito do infindável debate em torno da hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos, busca-se delimitar a área de atuação de cada um dos dois controles, tanto em face da hierarquia quanto da concorrência, tendo em vista verificar como se dá sua coexistência no sistema constitucional. No Brasil, a situação jurídico-constitucional tornou-se mais complexa após a EC 45/2004, que introduziu a possibilidade de o tratado internacional sobre direitos humanos, ao ser recepcionado pelo mesmo procedimento da EC, ser a ela equivalente e, com isso, passar a integrar o chamado "bloco de constitucionalidade". Sem embargo de a opinião internacionalista dominante insistir em teses sem lastro no texto constitucional como a da supralegalidade ou da equivalência constitucional dos tratados, independentemente de sua forma de recepção, o presente artigo aponta um caminho dogmaticamente viável para a coexistência dos controles.

Palavras-chave: hierarquia das normas, tratados internacionais, controle de constitucionalidade, controle de convencionalidade, regulação jurídica, proteção dos direitos fundamentais, Brasil.

ZUSAMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich mit den Kontrollen der Verfassungs- und Vertragsmäbigkeit unter den Bedingungen der geltenden verfassungsrechtlichen Situa tion Brasiliens. Im Gegensatz zur endlosen Debatte über die

---

* Doutor em Direito Constitucional pela Humboldt-Universität zu Berlin; pós-doutorados pelo Hans-Bredow-Institut da Universidade de Hamburg e pelo Erich-Pommer-Institut da Universidade de Potsdam (fellow da Fundação Alexander von Humboldt); Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor visitante da Humboldt-Universität. ‹leonardomartins1@yahoo.de›

** Mestrando em Direito pelo PPGD/UFRN. Professor Auxiliar da UFRN. Advogado. Membro do Grupo de Pesquisa da UFRN/CNPq - Direito Internacional e Soberania do Estado Brasileiro: Perspectivas Regional e Universal.

Rangordnung von internationalen Menschenrechtsverträgen soll eine Abgrenzung der Wirkungsbereiche der beiden o.g. Kontrollen unter Berücksichtigung ihrer Rangordnung wie auch ihrer konkurrierenden Wirkung vorgenommen werden, um herauszufinden, wie beide im Verfassungssystem koexistieren. In Brasilien wurde die verfassungsrechtliche Lage mit dem Inkrafttreten der Verfassungsänderung 45/2004 (EC 45/2004) vielschichtiger, durch die die Berücksichtigung internationaler Menschenrechtsverträge ermöglicht wurde, die, da sie nach demselben Verfahren wie eine Verfassungsänderung angenommen werden, mit dieser äquivalent sind und somit zu einem Bestandteil des sogenannten "Verfassungsblocks" werden. Im Gegensatz zur herrschenden internationalistischen Auffassung, die an Thesen, die aus dem Verfassungstext nicht abzuleiten sind, wie der Supralegalität oder der Äquivalenz der Verträge mit der Verfassung – unabhängig von der Form ihrer Annahme – festhält, beschreibt dieser Artikel einen rechtsdogmatisch gangbaren Weg für die Koexistenz der Kontrollen.

Schlagwörter: Normenhierarchie, internationale Verträge, Verfassungsgerichte, Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit, Kontrolle der Vertragsmäßigkeit, rechtliche Regelung, Schutz der Grundrechte, Brasilien.

ABSTRACT

We describe constitutionality and conventionality controls in the context of the current Brazilian legal and constitutional framework. Despite the unavoidable debate about the hierarchy of international human rights treaties, we try to define the scope of each of these controls, both with regard to hierarchy and to their concurrence in an effort to understand their coexistence in the constitutional system. The legal and constitutional situation in Brazil has become more complex since Constitutional Amendment 45/2004 which made it possible for international human rights treaties, if they are approved by the same procedure as a constitutional amendment, to become equivalent to the Constitution itself and be incorporated into the so-called "bloco de constitucionalidade" (constitutional body of law). Although the prevailing opinions of experts in international law insist on theses that lack a basis in the constitutional text such as the supralegal nature or the constitutional equivalence of treaties, regardless of how they were ratified, this paper suggests a dogmatically viable path for the coexistence of these controls.

Keywords: hierarchy of norms, international treaties, constitutionality control, conventionality control, legal regulation, protection of fundamental rights, Brazil.

1. Introdução

No Estado constitucional contemporâneo ninguém ousaria dizer não querer a proteção máxima dos direitos fundamentais positivos, das liberdades, das igualdades e dos direitos fundamentais difusos e/ou coletivos etc. Tais direitos e interesses correspondem, em âmbito estatal interno, às tutelas dos direitos fundamentais e, em âmbito internacional público, às tutelas dos direitos humanos contemplados por vários tratados internacionais, vale dizer, nos compromissos assumidos pelo Estado soberano perante a comunidade internacional de Estados e suas organizações internacionais.

Se não há, na essência, dissenso quanto ao principal propósito a ser almejado, o mesmo não pode ser dito quanto aos meios indicados para se chegar a ele. Na doutrina e jurisprudência brasileiras, por exemplo, há um debate que parece não cessar: Internacionalistas e constitucionalistas especializados em direitos fundamentais enfatizam cada qual o papel, respectivamente, dos tratados internacionais sobre direitos humanos do qual o Brasil faça parte e da supremacia da Constituição em face daqueles. Nem mesmo a EC 45/2004 que, adicionando ao texto constitucional a possibilidade de o tratado internacional sobre direitos humanos ser recepcionado pelo mesmo procedimento da EC e, portanto, ter status constitucional após o uso de tal modo de ratificação, teve o condão de pôr termo final à aludida disputa.

No presente ensaio, questiona-se se a escolha do parâmetro de proteção "Tratado Internacional" ou "Constituição", que implicam os respectivos controles de convencionalidade ou constitucionalidade, pressupõe a definição do posicionamento hierárquico entre os dois, tal qual ocorre com a escolha entre os parâmetros lei ou Constituição, ou se concorrem segundo a lógica da igual hierarquia. Em concorrendo, resta perscrutar se será possível firmar um único parâmetro e com base em que regra hermenêutica, ou, pelo contrário, se deverá proceder-se ao exame concomitante.

Para tanto, revisitar-se-á o controle de constitucionalidade sob o primeiro tópico (2), destacando-se alguns elementos a serem comparados, para depois se apresentar o controle de convencionalidade (3). Por fim, a reflexão final caracterizará, de modo sintético, a relação entre os dois controles tendo em vista sua coexistência no interesse dos titulares dos direitos humanos convencionais e fundamentais constitucionais (4).

2. O controle de constitucionalidade

O controle normativo de constitucionalidade é hoje, a despeito da usual leitura processual feita pela maioria dos autores, o núcleo essencial da ordem constitucional material. Há muito, a ciência do direito constitucional deixou de ser meramente descritiva para ser prescritiva. Por ser a Constituição fundamento de validade de toda a ordem jurídica estatal, a ciência do direito constitucional tem que oferecer um instrumentário hermenêutico-conceitual (dogmática jurídico-constitucional) capaz de fazer com que o operador do direito constitucional possa reconhecer a "patologia normativa", i.e., o estado de inconstitucionalidade. Principalmente se pensarmos na alta carga axiológica e no teor muito abstrato das tutelas específicas de direitos fundamentais, chegaremos à conclusão de que estamos diante de um objeto de estudo assaz complexo e, como tal, que suscita divergências muitas vezes influenciadas por posicionamentos político-ideológicos. É o que fica claro na investigação do sistema de controle normativo adotado por uma Constituição.

2.1. Controles normativo abstrato e concreto ou incidental e suas respectivas disciplinas nos sistemas difuso, concentrado e híbrido de constitucionalidade

Qualquer sistema de controle de constitucionalidade pressupõe uma Constituição; no caso brasileiro, a Constituição Federal, como norma-parâmetro de compatibilidade vertical na ordem jurídica. Como sobejamente se sabe, no Estado que foi o pioneiro em sua introdução, i.e., nos Estados Unidos da América, a *US Supreme Court* avocou para si a competência para a realização do controle normativo de constitucionalidade.[1] Coerentemente com a lógica da *common law*, aquela Corte o fez repressivamente a partir do ensejo de um caso concreto.[2]

O Brasil adotou, assim como o fez boa parte dos países latino-americanos - a despeito de ter seguido a Europa continental na escolha por um sistema de fontes do direito -, o sistema difuso do controle normativo pelo qual qualquer juiz ou tribunal denega aplicação a uma norma para decidir uma lide, se tiver a convicção de estar diante de uma norma incompatível com a Constituição. O que é difuso no sistema é, portanto, a competência para o controle. Este deve ser classificado, a despeito da consolidada mas equivocada dicotomia "difuso/concentrado", em abstrato ou concreto (por via principal ou incidental). O que diferencia o sistema concentrado de controle de constitucionalidade é a total inexistência da competência judicial geral para o controle normativo concreto, com vistas à decisão sobre a validade de norma aplicável.[3]

O suscitado erro terminológico da discussão brasileira se deve ao conhecido fato de termos previsto na ordem constitucional pátria, já em 1965, um controle normativo abstrato, necessariamente concentrado na competência do Supremo Tribunal Federal, tamanhas as incertezas e inseguranças que poderiam ser causadas se qualquer juiz singular ou tribunal pudesse declarar a nulidade de norma considerada por ele inconstitucional com eficácia *erga omnes*.[4]

---

[1] Sobre o significado desta decisão no desenvolvimento da dogmática da inconstitucionalidade, vide Dimoulis e Martins, 2009: 24 s. Em geral, sobre o que chama de "teoria da inconstitucionalidade", cf Tavares, 2010: 212 ss.

[2] Cf. a precisa exposição do caso em Amaral Jr., 2009: 1216 s.

[3] Tal qual existente, por exemplo, no sistema constitucional alemão. Cf., a respeito, Martins, 2005: 48-50. No sistema brasileiro, a reserva de plenário prevista no art. 97 CF, segundo a qual a declaração de inconstitucionalidade por um órgão jurisdicional colegiado – um tribunal – pressupõe o voto da maioria absoluta de seus membros, serve à uniformização da jurisprudência e não à concentração do controle concreto. A Súmula Vinculante nº 10 do STF, segundo a qual "viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte", não altera o reconhecimento ora feito, porque na feliz explanação de Amaral Jr. (2009: 1220), "no primeiro grau de jurisdição, os juízos são monocráticos. Logo um juiz de primeira instância pode declarar inconstitucional, sozinho, até mesmo uma emenda constitucional […]".

[4] Pode-se dizer que de certa forma a instituição da então chamada representação de inconstitucionalidade significou o primeiro passo no sentido da concentração do controle, mas a subsistência do caráter difuso no controle concreto ou incidental e a ênfase ou configuração litigiosa mesmo dos processos do controle abstrato impedem que cheguemos ao ideal de um processo constitucional objetivo, no qual se busca, em essência, o esclarecimento da validade ou não de um

A Constituição Federal de 1988 foi proficiente na criação de vários instrumentos (ações) do controle abstrato e a EC 45/2004 revelou uma forte tendência centralizadora ao criar várias figuras dogmáticas que ora limitam o acesso ao Supremo Tribunal Federal,[5] ora generaliza os efeitos da coisa julgada erigida a partir do controle normativo concreto como, por exemplo, aquele que resulta do julgamento de recursos extraordinários.[6] Em razão da coexistência entre o controle normativo abstrato, concentrado na competência do STF, e o cada vez mais relativizado mas persistente controle concreto e/ou incidental na competência de qualquer juiz ou tribunal, classifica-se o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro como "misto", "combinado" ou "híbrido" .[7]

Mas como controle de constitucionalidade não se confunde com direito processual constitucional, os esforços da ciência do direito constitucional não podem limitar-se ao estudo dos instrumentos e do sistema geral de controle normativo, mas à criação de uma dogmática jurídico-material dos direitos fundamentais, parâmetro privilegiado do controle de constitucionalidade.

1.2. O status normativo dos tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil após a EC 45/2004

Como supra-aludido, a celeuma entre constitucionalistas e internacionalistas deveria ser encerrada com a inserção de um novo dispositivo na Constituição Federal - mais precisamente do § 3º ao art. 5º -, segundo o qual os "tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". Trata-se do mesmo procedimento previsto para a EC. Cabe, portanto, o questionamento sobre qual seria o real impacto normativo causado por esse novo dispositivo a despeito de sua motivação internacionalista.

Segundo parte da literatura jurídica especializada,[8] agora os tratados internacionais sobre direitos humanos só podem ser ratificados por esse procedimento mais rigoroso previsto originalmente só para a EC, devendo todos os anteriores passar pelo exame de recepção, seguindo a teoria da recepção, i.e., ter sua compatibilidade material com a Constituição testada. O mérito dessa corrente reside no fato de não negar ingenuamente a possibilidade de antinomia entre direitos humanos previstos em tratados internacionais e direitos fundamentais individuais, reconhecendo a prevalência destes últimos, uma vez que gozam da cláusula de perenidade ("pétrea") do art. 60, § 4º, IV

---

ato normativo em face de sua compatibilidade com a Constituição. Cf. a crítica em Martins, 2008: 247 ss.

[5] Precipuamente, no recurso extraordinário, a necessidade de o recorrente ter que "demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso" (art. 102, § 3º CF). Cf. Martins, 2008: 262.

[6] Cf. com maiores referências: Martins, 2008: 261.

[7] Cf. Tavares, 2010: 250 s., que prefere a terminologia "sistema combinado", ressaltando a complexidade do sistema de controle normativo brasileiro.

[8] Cf. Tavares, 2005: 43 s.

da CF, sendo, portanto, parâmetros jurídico-materiais para se verificar compatibilidade do tratado internacional com eles.

Nada obstante, no que tange à alegada impossibilidade de o tratado internacional ser recepcionado pelo procedimento tradicional, essa corrente não tem como ser seguida. Além de gerar certos problemas de ordem prática como a impossibilidade de se identificar e apartar todos os tratados e partes de tratados que versem sobre direitos humanos daqueles que não versem, há de se admitir a subsistência do procedimento tradicional menos rigoroso para se manter fiel ao espírito internacionalista da EC 45 que procurou valorizar o tratado internacional, o que não ocorre quando se dificulta *sem alternativas* o processo de sua ratificação. Por fim, uma mera interpretação textual revela que o constituinte derivado admitiu a subsistência do procedimento tradicional ao definir que os tratados "que forem recepcionados …", deixando para o procedimento tradicional os tratados que "não forem recepcionados …" (*argumentum e contrario*) .[9]

A situação jurídica atual, portanto, é a seguinte: Todos os tratados internacionais sobre direitos humanos que seguirem o rito da EC, inclusive que reunirem a maioria parlamentar necessária à sua aprovação, passam a integrar o que se convencionou chamar de "bloco de constitucionalidade" .[10] Tendo em vista que a íntegra do texto de um tratado internacional poderia ser igualmente objeto de uma EC, pode-se dizer que o impacto da Emenda para a situação jurídica vigente e para a solução da celeuma quanto ao status hierárquico dos tratados internacionais foi demasiado reduzido.

A integração dos novos dispositivos no próprio texto constitucional evitaria a duplicidade ou concorrência de parâmetros que ocorre no caso de textos normativos extravagantes que se encontram ao nível da Constituição. Porém - e esta parece ser a razão política para se pleitear o apensamento de textos normativos ao texto normativo supremo dentro do Estado -, a afirmação do bloco de constitucionalidade *faz com que a origem internacional pública* da nova ordem suprema *seja sempre e de plano reconhecível*.

A opção pelo bloco de constitucionalidade parece tornar, todavia, o exame mais complexo do que o necessário e abre o questionamento de como proceder em face das concorrências entre os parâmetros constitucionais tradicionais (originais e inseridos por Emendas) e os parâmetros decorrentes de tratados que integrem o bloco de constitucionalidade. A situação jurídica vigente no Brasil traz ainda a peculiaridade de o exame de convencionalidade ter que ser também necessariamente classificado em duas espécies, dependendo de o tratado ou convenção integrar ou não o bloco de constitucionalidade. No segundo caso, a despeito da tese da supralegalidade do tratado,[11] a ordem constitucional vigente brasileira não criou um patamar hierárquico superior em relação à lei ordinária, tal qual o fez expressamente a *Grundgesetz* alemã em seu art. 25.[12]

---

[9] Cf. Dimoulis e Martins, 2009: 42 s.

[10] Cf. Dimoulis e Martins, 2009: 43 s.

[11] Defendida por Mendes, 2007: 663 e, sob influência do referido autor, membro do STF, parte da jurisprudência do STF. Cf., por último, RE 466.343-SP, DJe nº 104, publicado em 05/06/2009, disp. em ‹http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444› (18/10/2010).

[12] Art. 25 da *Grundgesetz*: "As regras gerais do direito internacional público são parte integrante do direito federal. Elas prevalecem sobre as leis e criam imediatamente direitos e obrigações aos habitantes do território federal".

A solução de tais problemas pressupõe o exame a seguir da natureza do controle de convencionalidade, sendo que seu encaminhamento como contribuição ao debate deverá resultar da exposição do terceiro tópico.

3. O controle de convencionalidade

3.1. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos como norma-parâmetro de compatibilidade vertical no ordenamento jurídico

Em relação à compatibilização vertical das normas no ordenamento jurídico, a Constituição do Estado deixou de ser a exclusiva norma-parâmetro de controle com potencial de supremacia. Desenvolve-se um novo parâmetro de controle vertical das normas estatais: os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Por isso, urge uma adequação do direito estatal às tratativas internacionais celebradas - sobretudo as que versem sobre os direitos humanos - (uma dupla compatibilização vertical de normas aprovadas internamente, porque tais normas devem ser compatíveis tanto com a Constituição, como com os tratados internacionais de direitos humanos, oriundos do direito internacional[13]).

Não se trata de uma rediscussão acerca das teorias que abordam a relação entre o direito interno e o internacional, mas de apresentar as linhas gerais da quebra do monopólio da Constituição como norma-parâmetro de controle com a fundamentação do Controle de Convencionalidade[14] como instrumento de devida adequação pelos Estados aos normativos internacionais pactuados.

Na tentativa de buscar soluções para problemas e desafios comuns, os Estados celebram tratados internacionais entre si ou com organizações internacionais, pretendendo disciplinar as relações interestatais, tanto em nível global como regional. No mundo globalizado em que vivemos, no qual podem ser observados diferentes graus de maturação democrática e institucional, a proteção dos direitos humanos não pode ser perpetrada exclusivamente pela produção legislativa estatal. Numa perspectiva histórica recente, os vilipêndios mais fundamentais a todos os direitos humanos ocorridos no chamado holocausto e, mais recentemente, nos Bálcãs,[15] servem de aviso à comunidade internacional dos Estados e à sua opinião pública.

---

[13] Sobre o conceito de direito internacional público, cf. Mazzuolli (2010-a: 55).

[14] "[…] para além do clássico 'controle de constitucionalidade', deve ainda existir (doravante) um "controle de convencionalidade" das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país." Mazzuoli (2010-b: 64).

[15] "Por otra parte, el desarrollo de las comunicaciones, la creciente interdependencia entre Estados y los avances tecnológicos han propuesto nuevos ámbitos materiales de regulación y cooperación internacional. Se extiende así el contenido normativo del orden jurídico internacional. Nacen normas reguladoras de la cooperación y el desarrollo internacional en el campo económico y social; […]. Problemas tales como el de la contaminación ambiental, la utilización de la energía nuclear, el de la integración física y económica regional, etc., aparecen como novísimas materias consideradas por un dinámico y evolutivo derecho internacional contemporáneo. La

As violações aos direitos humanos rompem fronteiras, sendo problema que de fato assola a humanidade em nível global. Necessário se faz que os Estados, dentro de determinado padrão e apesar de eventuais ou recorrentes dissensos, pactuem acerca da proteção do ser humano, estabelecendo mecanismos de defesa, independentemente da nacionalidade, contra a violação dos direitos.

Os tratados, após a ratificação pelos Estados, passam a ser de observância obrigatória por todos os poderes e instituições nacionais, não podendo, *v.g.*, o legislador nacional, na perspectiva do direito internacional público, elaborar leis que sejam contrárias às tratativas internacionais, sob pena de responsabilização internacional do Estado pelos Tribunais e Cortes Internacionais, a cuja jurisdição tenha voluntariamente aderido, cedendo uma parcela de sua soberania à jurisdição de caráter supranacional.

Independentemente do nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico estatal ou do procedimento de incorporação, o que fora pactuado tem que ser cumprido em respeito aos princípios gerais da boa-fé e do *pacta sunt servanda*. Não cabe evocar a tese da soberania absoluta para justificar o não cumprimento dos tratados internacionais, pois a atual concepção do conceito de soberania destaca como uma de suas principais características a relatividade. O Estado pode,[16] no exercício da própria soberania, ceder parte dela (soberania) ao celebrar tratados internacionais.[17]

O chamado controle de convencionalidade surge nesse contexto da exigibilidade do cumprimento das disposições pactuadas nos tratados internacionais de direitos humanos como seu instrumento de verificação. Apesar de a origem ser controversa, MAZZUOLI (2010: 70) sustenta que "a ideia de 'controle de convencionalidade' tem origem francesa e data do início da década de 1970" .[18]

No plano do sistema interamericano de direitos humanos, tem-se uma construção pretoriana do controle de convencionalidade. É o que se constata a partir da análise de alguns julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), principalmente quando estabelece um comparativo entre o direito doméstico de certo

---

preocupación por el hombre lleva a la jerarquización de sus derechos y libertades fundamentales a través de normas internacionales que tienden a su reconocimiento y protección." Moncayo (1990: 17).

[16] Sobre a hodierna configuração do conceito de soberania, cf Ferrajoli (2007), que atribui ao povo a titularidade da soberania.

[17] "É verdade, professa o sábio publicista alemão (Jellinek), que a soberania é uma vontade que não se determina jamais senão por si mesma, sem obedecer a influências estranhas. Mas o Estado não determina arbitrariamente a sua competência, porque ele não pode dilatar livremente o âmbito de sua ação. A competência do Estado encontra seus limites internamente na personalidade reconhecida do indivíduo e externamente no direito internacional por ele reconhecido. O Estado, por força desse reconhecimento, impõe limites a si mesmo, sem que possa, em seguida, juridicamente, libertar-se, por um ato de vontade própria e exclusiva, das obrigações que a si mesmo impôs." Batista Martins (1998: 20).

[18] Cf. Mazzuoli (2010-b: 71): "… o Conselho Constitucional francês, na Decisão n. 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, entendeu não ser competente para analisar a convencionalidade preventiva das leis (ou seja: a compatibilidade destas com os tratados ratificados pela França, notadamente - naquele caso concreto - Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950), pelo fato de não se tratar de um controle de *constitucionalidade* propriamente dito, o único em relação ao qual teria competência o dito Conselho para se manifestar a respeito".

Estado que aceitou a sua jurisdição contenciosa com as disposições, notadamente, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (*Pacto de San José de Costa Rica*) .[19]

No caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala,*[20] iniciou-se, na jurisdição contenciosa da CIDH, o controle de convencionalidade do direito estatal, independentemente da hierarquia normativa, com base nos parâmetros do CADH, com a finalidade de responsabilizar o Estado pelo descumprimento de seus preceitos.[21]

Após o citado *leading case*, outras decisões desenvolveram o controle de convencionalidade. Consolidado o controle do direito interno tendo como parâmetro o CADH, passou-se a novas etapas, com um alargamento cada vez maior do controle e a definição de seus preceitos fundamentais. Dessa forma, além do controle efetivado pela Corte, entenderam os membros do Tribunal que as jurisdições internas são submetidas também às disposições da CADH, devendo todo magistrado nacional realizar o exame e, em se constando incompatibilidade, declarar a invalidade/inconvencionalidade de leis e atos normativos. De outro modo, compete ao Poder Judiciário o exercício de ofício do controle da compatibilidade vertical do direito estatal com os tratados internacionais de direitos humanos, no caso em tela, com a Convenção.[22]

Assim, o controle de convencionalidade antes exercido somente pela própria CIDH, estendido pela própria Corte a todos os órgãos de jurisdição interna, continuou sendo desenvolvido pela Corte que assumiu notória postura ativista. Em recente decisão,[23] a Corte elevou sua própria interpretação do CADH, i.e., sua jurisprudência, ao lado daquele, ao patamar de co-parâmetro para o exame de convencionalidade. Como fundamento, apresenta a vaga tese de ser a última intérprete da Convenção Americana.[24]

---

[19] No texto a seguir: CADH. Cf Hitters (2009: 109): "Pero como lo vienen sosteniendo desde hace no mucho tiempo algunos de los Magistrados de la Corte Interamericana, dicho cuerpo ejercita lo que ha dado en llamar a partir del caso Myrna Mack Chang el "Control de Convencionalidad", lo que obviamente significa una comparación entre el Pacto de San José de Costa Rica y otras convenciones a las que nuestro país se ha plegado […] y las disposiciones del derecho interno de las naciones adheridas al modelo".

[20] Corte IDH, Caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C Nº. 101, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez.

[21] Cf. art. 2 do CADH: Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo no art. 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes se comprometem a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outras naturezas que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

[22] CIDH, Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C No. 158, párr. 128.

[23] Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C Nº 154, párr. 124.

[24] Esse ativismo judicial da CIDH é, porém, pouco nocivo ou pelo menos significativamente menos nocivo ou, sob determinada perspectiva - a política -, até mesmo bem-vindo quando nos lembramos de que a Organização dos Estados Americanos não é dotada de uma instância legislativa ordinária, não havendo, portanto, que se falar em violação da separação de funções estatais. Esta ousada decisão lembra muito uma afirmação feita em 1993 pelo Ex-Presidente Federal da RFA e do Tribunal Constitucional Federal alemão, segundo a qual o direito constitucional alemão se comporia de 146 artigos da *Grundgesetz* e de mais aproximadamente 15 a 16 mil páginas publicadas de decisões daquela corte. Cf. Martins, 2005: 35 s.

Prosseguindo na construção do controle de convencionalidade, a Corte decidiu que ele não é possível apenas em um determinado caso concreto, mas também em abstrato, conforme observa HITTERS:

> Conviene poner de resalto que en los primeros tiempos tal Tribunal Interamericano sostenía que era improcedente la revisión supranacional si el precepto atacado no había sido aplicado. Empero últimamente el órgano aludido cambió de tornas destacando su potestad de controlar la convencionalidad de las normas locales, aún en abstracto.[25]

Apesar de o controle de convencionalidade ter se consolidado nas decisões provenientes da jurisdição contenciosa da Corte, já vinha sendo realizado quando do exercício da jurisdição consultiva. Diante dos contornos jurisprudenciais, doutrinários e do próprio texto do CADH, tecem-se as seguintes considerações:

Trata-se de controle que deve ser, inicialmente, exercido pela jurisdição estatal, seja mediante juízos singulares ou órgãos colegiados. Em caso de omissão da jurisdição interna, caberá à CIDH efetuar o controle.

Não só o CADH, mas também os demais tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelos Estados e as decisões das cortes supranacionais, a cuja jurisdição se aderiu, servem de parâmetro para a verificação de compatibilidade vertical do ordenamento jurídico interno (leis, atos normativos, decisões dos tribunais etc.), independentemente da hierarquia normativa e da fonte de produção. Porém, não caberá à CIDH revogar a lei inconvencional ou regrar abstratamente a situação levada a julgamento, substituindo o legislador estatal, mas declarar a inconvencionalidade do ato e determinar que o Estado o adapte ao tratado internacional de direitos humanos sob pena de responsabilização internacional.

Diante do quadro que se revela, os magistrados devem estar preparados para a realização do controle. Por isso, mister se faz que haja um razoável conhecimento do teor dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, tanto no plano global (ONU), quanto no regional (OEA), e da interpretação[26] conferida pelos Tribunais e Cortes Internacionais acerca das tratativas, além do seu acompanhamento pela pesquisa jurídica especializada; vale dizer: os magistrados devem dominar a dogmática dos tratados internacionais.

Por óbvio, o controle de convencionalidade não é tarefa simples, pois, apesar da já aludida irrelevância do *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos para fins de tal controle, muitos Tribunais e Cortes Constitucionais impõem obstáculos à aplicação das normas previstas em tratados internacionais, seja pelo desconhecimento da matéria, seja pela tentativa de manutenção do dogma da soberania estatal não mitigável, principalmente no que tange ao exercício da jurisdição.

---

[25] Hitters (2009: 118).

[26] "[…] es profundamente importante advertir que la Corte Interamericana destaca que el material controlante no consiste exclusivamente en las normas del Pacto, sino también en la *interpretación* dada a esas reglas por la Corte Interamericana." Sagüés (2010: 125).

Também a fim de se evitar a responsabilização internacional do Estado pela prática de atos inconvencionais e, ao mesmo tempo, escapar-se da controversa declaração de nulidade de lei em face de tratado internacional, deve-se utilizar a técnica da interpretação conforme o CADH, a exemplo do que já ocorre há tempos em âmbito estatal interno, no controle de constitucionalidade.[27]

Mesmo com a possibilidade de exercer um controle prévio de convencionalidade por parte dos atores do processo legislativo, e mesmo com a possibilidade de afastar interpretações inconvencionais da lei e atos normativos diversos, casos são levados à CIDH. Parte deles resulta em condenações dos Estados, normalmente com a aplicação de sanções de caráter indenizatório, bem como com a declaração de inconvencionalidade e determinação de adequação do ordenamento jurídico estatal.

De forma técnica, vê-se que, para uma lei ser considerada válida, há de se satisfazer dois crivos: no plano interno, a compatibilidade com a Constituição; e no externo, com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado. Mesmo em se passando no primeiro exame de compatibilidade, ou seja: mesmo sendo a lei vigente, caso não esteja materialmente conforme os tratados, deverá ser declarada - seja pela jurisdição doméstica ou pelos tribunais e cortes internacionais - como inconvencional, dada a existência de vício material de inconvencionalidade. Segundo uma opinião, para se lidar com leis inconvencionais, dever-se-ia distinguir entre vigência e validade da seguinte maneira:

> […] a compatibilidade da lei com o texto constitucional não mais lhe garante *validade* no plano do direito interno. Para tal, deve a lei ser compatível com a Constituição *e com* os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo. Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada *vigente* […] mas não poderá ser tida como *válida* […].[28]

O CADH foi aprovado em 22 de outubro de 1969, tendo sido incorporado ao direito estatal brasileiro apenas em 1992 e o Brasil aderido à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos somente em 1998. Não se trata apenas de um controle jurisdicional, pois também pode e deve ser realizado pelo Executivo e pelo Legislativo.[29] A atuação do Poder Executivo em matéria de controle de convencionalidade é bastante relevante. O Presidente da República pode exercer o controle tanto de forma preventiva quanto repressiva. Na modalidade de controle prévio, o chefe do Executivo poderia, ao decidir pela inconvencionalidade de um projeto de lei, vetá-lo por considerá-lo inconvencional, e por isso, "contrário ao interesse público" (art. 66,

---

[27] Cf. Sagüés (2010: 130).

[28] Mazzuoli (2010-b: 76).

[29] Hitters, 2009: 124: "Como consecuencia de lo expresado, va de suyo que no sólo el Poder Judicial debe cumplir con las disposiciones del derecho supranacional, sino también el Ejecutivo y el Legislativo, tanto en el orden nacional, como provincial y municipal, bajo apercibimiento de generar responsabilidad internacional del Estado (arts. 1.1 y 2 de la CADH)".

§ 1º da CF, ao lado do veto da inconstitucionalidade), uma vez que honrar os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro constitui notório imperativo pertinente ao interesse público de não pejar a imagem internacional do Estado. Uma vez promulgada a lei, poderia propor, se prevista, uma ação direta de inconvencionalidade ou de convencionalidade de acordo com a proposta *de constitutione ferenda* a ser abaixo apresentada.

Em relação ao Poder Legislativo, há a possibilidade de exercício do controle em estudo, tanto em caráter preventivo, quanto repressivo. Preventivamente, pode o Legislativo não aprovar leis inconvencionais e revogar as que atualmente violam o CADH, bem como editar leis com a finalidade de tornar efetivos os direitos previstos no Pacto.[30]

Em caráter normativo repressivo, consoante uma arrojada interpretação, que não poderá ser aqui além de afirmada, poder-se-ia até mesmo defender a possibilidade de aplicação de uma adaptação do disposto no art. 52, X da CF às decisões da CIDH, que seriam comunicadas ao Senado Federal, sendo que este poderia exercer sua discricionariedade de suspender a execução da lei inconvencional como tal declarada em decisão definitiva daquela Corte, paralelamente à sua competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva (em sede, portanto, de controle concreto) do Supremo Tribunal Federal.

Nada obstante a supra-referida enfática defesa da exigibilidade do controle de convencionalidade pelos especialistas do direito internacional público, que tem origens pretorianas, tal controle ainda se encontra em processo de maturação, principalmente em países de constitucionalismos mais fechados, onde a relação entre o direito interno e o internacional é muito difícil.

Espera-se que se desenvolva mais um instrumento a serviço do cidadão para a proteção de seus direitos, sobretudo em face das dificuldades de boa parte dos membros da comunidade estatal em fazê-lo autonomamente. Independentemente da jurisdição e da norma-parâmetro de controle, o que se busca é a máxima proteção do indivíduo, o que só ocorrerá com a possibilidade de aplicação paralela às normas estatais de proteção das normas internacionais protetivas dos direitos humanos, para que estas tenham o condão de suprir as lacunas de proteção daquelas.

3.2. Controle de Convencionalidade concreto e abstrato

Uma vez fundamentado acima o duplo controle de compatibilidade vertical, passa-se à análise das peculiaridades dos ensejos do controle: da lei ou ato normativo em abstrato ou de sua interpretação e aplicação pelos órgãos jurisdicionais e admistrativo-governamentais. Acresça-se a esta análise do ensejo do controle de convencionalidade,

[30] "Aliás, à maneira do que ocorre na teoria do controle de constitucionalidade, a inconvencionalidade de uma norma interna (melhor dizendo: do seu *projeto)* pode ser aferida preventivamente pelo próprio Parlamento Federal, em suas Comissões de Constituição e Justiça, ou pelo Presidente da República, quando veta (na modalidade do veto *jurídico*) os projetos de lei inconvencionais, segundo a regra do art. 66, § 1°, da Constituição." Mazzuoli (2010-b: 126).

como já visto, que ele pode ser realizado não só pelo Poder Judiciário, mas também pelo Poder Executivo e Legislativo.

Em primeiro lugar, o controle jurisdicional de convencionalidade pode ser efetuado, em face de uma lide, tanto pela via principal e de exceção, quanto poderia, em face do controle normativo abstrato, por ação direta. Ainda sobre o controle concreto de convencionalidade, HITTERS afirma que "esta verificación de convencionalidad tiene un carácter difuso, ya que cada uno de los magistrados locales puede y debe cumplir la tarea, sin perjuicio de la postrera intervención de la Corte Interamericana" .[31] Depreende-se das decisões da CIDH e da literatura jurídica especializada ser possível aos magistrados estatais efetuarem o controle jurisdicional de convencionalidade em face de um caso concreto. Questionável é saber se estão obrigados *ex officio* a tal dever, tal qual o estão em face da Constituição no caso do controle de constitucionalidade. MAZUOLLI (2010: 74) defende a obrigação em pauta com os seguintes argumentos:

> "[…] o Poder Judiciário interno não deve se prender à solicitação das partes, mas controlar a convencionalidade das leis *ex officio* sempre que estiver diante de um caso concreto cuja solução possa ser encontrada em tratado internacional de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte: *iura novit curia*. Assim, a negativa do Poder Judiciário em controlar a convencionalidade […] é motivo suficiente para acarretar a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos".

A afirmação do referido poder-dever do magistrado de realizar o controle concreto de convencionalidade no contexto de um sistema difuso de controle normativo, apesar de carecer de expresso fundamento convencional ou constitucional é, com efeito, plausível. Merece aquiescência a menção pelo citado autor do princípio *iura novit curiae*, pelo qual as partes litigantes podem confiar ao magistrado do feito o conhecimento dos tratados internacionais relevantes à solução da lide. Se isso já representa uma sobrecarga aos magistrados que eventualmente não os estudaram nos bancos universitários e em cursos de atualização, é uma questão que não pode ser tratada nos limites da presente exposição.

Não só relevante, mas incontornável, é a seguinte questão: Como reconhecer a inconvencionalidade de uma norma? No caso de lei anterior à ratificação do tratado internacional de direitos humanos e com ele incompatível, aplicar-se-á a regra da *lex posterior derogat priori*. Dessa forma, o citado tratado irá revogar todo e qualquer dispositivo normativo em sentido contrário previsto na legislação ordinária, não havendo que se falar na primazia do direito interno sobre o direito internacional. De outra feita, não há que se aplicar a teoria da recepção indicada para o exame de compatibilização de direito pré-constitucional à nova ordem constitucional, porque os tratados internacionais em princípio (salvo disposição em contrário da Constituição estatal ou interpretação sistemática da mesma que o permita) têm grau hierárquico igual à lei ordinária, não representando cada qual o surgimento de uma nova ordem fundamental

[31] Hitters (2009: 124).

estatal, cuja missão cabe à Constituição. Em se tratando de lei posterior ao tratado internacional de direitos humanos e com ele incompatível, deverá, segundo a opinião dominante, ser declarada inconvencional e, portanto, inválida.[32]

Portanto, no exercício do controle jurisdicional de convencionalidade, qualquer juiz ou tribunal pode e deve declarar a invalidade de lei ou ato com fundamento na verificação de sua inconvencionalidade. Na espécie, ao contrário do que parece ocorrer com o controle de constitucionalidade, não existe no Brasil a chamada "cláusula da reserva de plenário" do art. 97 da CF, segundo a qual somente por maioria absoluta pode um tribunal declarar a inconstitucionalidade de lei.[33] Dessa forma, qualquer órgão fracionário de Tribunal deve e pode declarar expressamente a inconvencionalidade de lei ou ato normativo do poder público. Mesmo na hipótese acima de órgão do Poder Judiciário não poder declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, terá competência para proceder ao controle de compatibilidade vertical, tomando como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos, porque, para a CIDH que interpreta cogentemente as regras abstratas do CADH, qualquer órgão jurisdicional poderá efetuar o controle de convencionalidade.

No controle normativo concreto incidental, típico do sistema difuso de controle, a inconvencionalidade deverá ser alegada como questão preliminar. O magistrado, constatando a inconvencionalidade da lei ou ato do poder público, deverá declarar com efeitos *inter partes* sua invalidade. Caso haja omissão do magistrado em efetuar o controle de convencionalidade, o Estado deverá ser responsabilizado internacionalmente pelo descumprimento das obrigações impostas nos tratados e pela omissão do dever de proteção dos direitos humanos.

Tendo em vista a relativa novidade da matéria, a legislação nacional deve passar por uma adaptação em face da promoção do controle de convencionalidade. Enquanto tal adaptação não se efetiva, cabe aplicação analógica das regras inerentes ao controle de constitucionalidade.

Em síntese, o controle de convencionalidade:

a. tem como parâmetro um tratado internacional que verse sobre direitos humanos, regularmente ratificado pelo Estado;
b. faz parte da competência de qualquer órgão jurisdicional, mesmo que tal órgão não tenha competência para o controle de constitucionalidade;
c. deverá ser suscitado como questão preliminar no caso concreto;
d. mesmo diante de ausência de sua alegação, poderá o órgão julgador declarar *ex officio* a inconvencionalidade de lei ou ato do poder público;
e. poderá implicar declaração de inconvencionalidade, acarretando a invalidação da norma ou ato com efeitos *inter partes*;
f. realizado concreta ou incidentalmente, poderá ter efeitos *erga omnes* quando ele for efetuado via Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal

[32] Essa opinião dominante ainda carece de fundamento jurídico-dogmático, que será oferecido no último tópico do presente artigo (sob 3.).

[33] Cf, acima, nota de rodapé 3.

[art. 102, III, "b)" CF] e o Senado Federal, nos termos do art. 52, X da CF, suspender a execução da lei inconvencional;

g. poderá ser realizado sempre de forma repressiva; e
h. poderá ser requerido por qualquer pessoa titular do direito humano (legitimidade *ad causam* ativa);
i. fará parte, em última instância, da competência do STF independentemente do rito de incorporação do tratado;

Com relação ao controle abstrato de convencionalidade, algumas considerações devem ser feitas:

A primeira indagação a ser respondida diz respeito à possibilidade de o controle de convencionalidade ser realizado pelo STF em caráter abstrato e com efeitos *erga omnes*. Poderia o STF, guardião da Constituição Federal, ser também um protetor dos tratados internacionais de direitos humanos? Que tratados internacionais de direitos humanos serviriam como parâmetro para tal controle pelo STF? Quais os meios processuais adequados para o controle de convencionalidade?

Antes de darmos respostas às indagações formuladas, mister se faz lembrar que à CIDH compete o exercício do controle de convencionalidade das normas e atos estatais, tendo como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos. Aqui, porém, além de descrever o controle de convencionalidade exercido pelas cortes ou tribunais internacionais, admite-se como possível e devido um controle por cortes supremas de um Estado ou tribunais constitucionais, responsáveis, em geral, pela "guarda da Constituição". Nesse sentido, o controle abstrato de convencionalidade se dá pela investigação de compatibilidade do direito estatal com os tratados internacionais de direitos humanos, realizado perante o respectivo órgão judicial ou constitucional competente pela via de uma ação direta, em caráter abstrato, com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*.[34]

Segundo a incipiente literatura jurídica especializada brasileira, somente os tratados internacionais de direitos humanos internalizados após a EC 45/2004 que forem incorporados seguindo o rito do art. 5°, § 3° poderão servir como parâmetro no controle abstrato de convencionalidade exercido pelo STF, uma vez que tais tratados têm o *status* formal e material de norma constitucional.[35] Nesse sentido, torna-se[36] imperativa *de constituione ferenda* uma releitura de alguns incisos do art. 102 da CF. Porque o STF

[34] Sagüés (2010: 127 s.) afirma que "Dicha "inconvencionalidad" (o, si se prefiere, "anticonvencionalidad") importaría una causal de invalidez de la norma así descalificada, por carecer "desde un inicio" de "efectos jurídicos" (doctrina de "Almonacid Arellano"). La inconvencionalidad produce un deber judicial concreto de inaplicación del precepto objetado. Y si éste no tiene, desde su inicio, vigor jurídico, equivaldría a reputarlo inexistente, *ex tunc,* con efectos retroactivos, para la solución del litigio donde es así enjuiciado".

[35] Após a edição da EC 45/2004, somente um tratado internacional que versou sobre direitos humanos foi incorporado ao direito doméstico brasileiro seguindo o rito especial do art. 5°, § 3°, da Constituição Federal. O Presidente da República, após a aprovação pelo Congresso Nacional do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, conforme o procedimento do dispositivo constitucional citado, promulgou, via Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, a Convenção Internacional sobre o Direito das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

[36] Mazzuoli (2010-b: 111 s.).

tem o poder-dever de declarar a inconvencionalidade de norma ou ato contrário a tratado internacional de direitos humanos incorporado pelo rito especial do § 3º do art. 5º da CF, o art. 102, merece uma nova redação condizente com os preceitos do controle de convencionalidade.

Defende-se, aqui, enquanto nova redação do aludido dispositivo constitucional brasileiro, que compete ao STF a guarda da Constituição *e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos*, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente:

a. a ação direta de inconstitucionalidade *ou inconvencionalidade* de lei ou ato normativo federal ou estadual e
b. a ação declaratória de constitucionalidade *ou convencionalidade* de lei ou ato normativo federal;

Nada obstante, as necessárias alterações do texto constitucional para uma possível adaptação dos preceitos do controle de convencionalidade à ordem constitucional brasileira não se esgotam nas anteriormente apontadas. Acresçam-se o necessário reconhecimento da produção de efeitos *erga omnes* e vinculantes das decisões proferidas pelo STF em sede das ações declaratórias de inconvencionalidade e de convencionalidade, a alteração do "caput" do art. 103 da CF para que os legitimados para proporem ação direta de inconvencionalidade também o sejam para a ação de inconvencionalidade, bem como a declaração da inconvencionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma prevista em tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo rito especial do § 3º do art. 5º da CF.

Ter-se-ia, dessa forma, uma Ação Direta de Inconvencionalidade, uma Ação Declaratória de Convencionalidade, bem como uma Ação Declaratória de Inconvencionalidade por Omissão.[37]

Resta, ainda, esclarecer que os tratados internacionais de direitos humanos serão utilizados como parâmetro de compatibilidade vertical das normas e atos advindos do direito doméstico no controle de convencionalidade. Se tais tratados forem incorporados pelo rito especial previsto no inserido § 3º do art. 5º da CF, servirão tanto para o controle abstrato como para o controle concreto ou incidental de convencionalidade, enquanto que para os tratados incorporados pelo rito comum somente será cabível o controle de convencionalidade concreto ou incidental, já que aqueles não são formalmente constitucionais, sendo protegidos tão somente no plano infraconstitucional da lei ordinária.

4. Coexistência entre os controles de constitucionalidade e convencionalidade

A descrição acima dos controles de constitucionalidade e convencionalidade, que contemplou, ainda que obliquamente, o sistema geral de controle normativo de acordo

[37] É o que também preceitua Mazzuoli (2010-b: 124 s.).

com a competência difusa ou concentrada em uma corte para os controles concreto (via principal ou incidental, provocado ou não por parte interessada) e abstrato, deixou em aberto a constatação de possíveis colisões e/ou concorrências normativas. No caso brasileiro, a situação jurídica é bem mais complexa, devido ao referido duplo sistema de incorporação de tratados internacionais sobre direitos humanos, segundo o qual poderão ser (ou não) equivalentes às emendas constitucionais, passando a fazer parte do chamado bloco de constitucionalidade, dependendo de o procedimento de ratificação parlamentar ser (ou não) idêntico ao da EC.

A seguir, busca-se colocar os dois controles em um sistema com vistas a viabilizar sua coexistência, explicitando seus limites segundo a ordem jurídico-constitucional brasileira.

4.1. Tratados recepcionados com e sem equivalência às emendas constitucionais: colisão ou concorrência normativa?

Há muita confusão sobre os conceitos de colisão e concorrência normativas, tanto no que se refere à respectiva constatação de uma ou outra quanto na forma de sua solução. Sob alusão a um dos princípios que devem reger o Estado brasileiro, qual seja: ao princípio da "prevalência dos direitos humanos" (art. 4º, II CF), parte da doutrina internacionalista[38] vê fundamentada a tese de que não há possibilidade de choque jurídico-material entre as normas definidoras de direitos humanos em tratados internacionais e direitos fundamentais na ordem constitucional interna. Para essa doutrina só poderia haver, portanto, concorrência e não colisão entre as duas espécies normativas.[39] Mas basta um breve olhar sobre o tratado internacional consignado pelo Brasil que prevê a possibilidade de "entrega" de brasileiros e de aplicação da prisão perpétua - medidas explicitamente vedadas pela Constituição Federal (art. 5.º, LI e XLVII, *b*) - conhecido como Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional, para refutar peremptoriamente essa tese.[40]

Isso ainda não esclarece o conceito de colisão.[41] Ela estará presente toda vez que o tratado internacional, a despeito de proteger direitos humanos, criar obrigações ou até mesmo penas rigorosas; vale dizer: autorizar intervenções estatais no livre exercício de um direito fundamental previsto na Constituição do Estado. Desta há de se distinguir a hipótese na qual o tratado internacional *protege mais uma mesma conduta ou tutela - mais precisamente uma mesma situação jurídica* - do que o faz a Constituição do Estado. Nesse caso, estar-se-á diante sequer de uma colisão aparente, mas de uma má

[38] Cf Piovesan, 2005: 71 e a crítica a ela em Dimoulis e Martins, 2009: 39.

[39] A respeito da distinção colisão/concorrência e sua relevância para o controle de constitucionalidade: vide Dimoulis e Martins, 2009: 153.

[40] Referência e discussão deste caso em Dimoulis e Martins, 2009: 39 e 184 s.

[41] A colisão entre direitos fundamentais só se atualiza quando do exercício de um direito que *in concreto* prejudica o direito fundamental colidente ensejando a intervenção estatal; não se trata, portanto, de uma antinomia a ser verificada no plano normativo-constitucional (abstrato). Cf Dimoulis e Martins, 2009: 154.

compreensão jurídico-dogmática do exame de compatibilidade normativa vertical e, consequentemente, do conceito de colisão.

Tendo em vista a ordem constitucional brasileira, o equívoco pode ser observado na comumente afirmada colisão que, em verdade não existe, entre o art. 5º, LXVII CF e o art. 7º, § 7º do CADH, que veda qualquer prisão por dívida, excetuando-se a dívida alimentícia inescusável. A colisão é enxergada no fato de o dispositivo constitucional brasileiro trazer a reserva legal qualificada[42] também para o caso do depositário infiel. Essa visão parte de uma concepção equivocada do sistema de direitos e liberdades fundamentais e seus limites previstos no art. 5º CF. No seu inciso LXVII, o constituinte brasileiro consagrou o direito fundamental de resistência contra prisão civil por dívidas. Essa é a hipótese normativa. As duas exceções dizem respeito às reservas legais pelas quais o legislador penal está autorizado (discricionariedade, não obrigação) a prever inclusive a pena restritiva de liberdade para a proteção do credor e do alimentando, discricionariedade essa que deverá ser limitada pela correta aplicação do critério da proporcionalidade. Isso porque, salvo poucas exceções, o art. 5º CF não institui deveres de criminalização, mas sempre liberdades (ao lado de direitos prestacionais, difusos, garantias e outros) que, entretanto, foram, em boa parte dos casos, relativizadas pelos limites implícitos em tais reservas legais.

Assim, por não ser a incorporação do CADH equivalente à EC, justifica-se plenamente a aplicação concomitante do controle de convencionalidade ao lado do controle de constitucionalidade, podendo a previsão e aplicação da pena privativa de liberdade ser considerada constitucional (se observar o controle reflexo da proporcionalidade), mas inconvencional em face do CADH. Não se relativiza com isso o controle de convencionalidade. Trata-se de colocá-lo no seu devido *locus*.

Se a solução da colisão respeita, em primeira linha, o critério hierárquico, resta a dúvida quanto à solução de colisões envolvendo direitos humanos assegurados por tratados equivalentes às EC e, destarte, também aos direitos fundamentais previstos na Constituição. Nesse caso, há de se seguir a dogmática jusfundamental dos limites aos direitos humanos ou fundamentais e da justificação da imposição concreta de tais limites baseada na aplicação correta do critério da proporcionalidade.[43]

Por fim, a possível concorrência entre direitos humanos e fundamentais deverá, igualmente, seguir as regras gerais criadas para a solução da concorrência entre direitos

---

[42] Sobre o conceito, cf Dimoulis e Martins, 2009: 139. Na decisão do STF acima citada (RE 466.343-SP – cf nota 11), entretanto, o Min. Mendes defende a inexistência de uma reserva legal implícita da seguinte forma "No caso do inciso LXVII do art. 5º da Constituição, estamos diante de um direito fundamental com âmbito de proteção estritamente normativo. Cabe ao legislador dar conformação/limitação à garantia constitucional contra a prisão por dívida e regular as hipóteses em que poderão ocorrer suas exceções" (p. 43 do voto cit.). Trata-se de equívoco quanto ao conceito de área ou âmbito de proteção de cunho "estritamente" normativo. Não é porque a garantia constitucional do inciso LXVII tem como destinatário primeiro o legislador que está impedido de cominar condutas não tipificadas como crime com pena privativa de liberdade ("prisão civil"), que se trata de um direito fundamental, cuja área de proteção tenha cunho normativo. Este estará presente somente quando o constituinte garantir um aparato jurídico institucional, uma situação jurídica. Cabe, por exemplo, nos direitos fundamentais de propriedade e sucessão. No mais, ou se está diante de uma lei limitadora ou conformadora. Cf a seguir no texto.

[43] A respeito dessa dogmática, vide a exposição em Dimoulis e Martins, 2009: 151-153; 159 ss.

fundamentais,[44] precipuamente no caso de *concorrência de direito humano que integra o bloco de constitucionalidade*, caso no qual o controle de convencionalidade em rigor não traz nada específico em relação ao tradicional controle de constitucionalidade, uma vez que os parâmetros têm igual dignidade hierárquica: aplica-se o parâmetro que for mais específico ou, no caso de concorrência ideal (quando não houver relação de especificidade), os dois parâmetros separadamente.

Haverá concorrência entre direito fundamental e direito humano consagrado por tratado internacional que não integre o bloco de constitucionalidade, quando o direito humano hierarquicamente inferior puder ser considerado equivalente a uma lei configuradora ou conformadora da área de proteção do direito fundamental, i.e., quando não houver incompatibilidade. No exemplo do suposto choque entre a permissão constitucional da prisão por dívida do depositário infiel (precisamente falando: não proteção contra) e o art. 7º, § 7º do CADH, a inconvencionalidade do dispositivo penal que comina a conduta com pena de prisão seria reforçada por uma inversão de prevalência dos critérios da cronologia e especificidade consoante a exposição abaixo.

3.2. Especificidade ao invés de cronologia como fundamento constitucional do controle de convencionalidade em face de tratados não equivalentes às emendas constitucionais

O problema da solução de concorrências normativas, que, em tese, só pode estar presente entre normas de igual hierarquia, é elucidativo na busca de um fundamento constitucional para o imperativo, em âmbito normativo interno, do controle de convencionalidade de leis em face de *tratados e convenções que não fazem parte do bloco de constitucionalidade*.

Que o tratado revoga disposições legais a ele contrárias é óbvio em face do critério da *lex posterior.*[45] Por esta regra, o mesmo deveria valer para as leis revogadoras de tratados, o que implicaria dizer que o controle de convencionalidade só existiria em face de atos normativos infralegais, atos administrativos e governamentais, além

[44] Sobre o conceito e classificações de concorrência entre direitos fundamentais e sua delimitação em face do fenômeno da colisão: Dimoulis e Martins, 2009: 153 e 155-158.

[45] Dimoulis (2010: 212), após várias referências doutrinárias e jurisprudenciais, reconhece como sendo opinião majoritária na doutrina (ao contrário da por ele defendida, *ibid*., p. 213) que em caso de choque entre os critérios cronológico e da especialidade (problema da antinomia de segundo grau), este último prevaleceria segundo o brocardo *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*. A opinião dominante não merece ser seguida, principalmente porque em regra o legislador na *lex posterior* deu nova disciplina a determinada matéria achando por bem não mais particularizar um caso pela via dos elementos especializantes. Dar prevalência à vontade tácita ou expressamente revogada é interpretar não mais na esteira do parâmetro normativo. Qualquer dissidência desse reconhecimento tem que ser devidamente fundamentado, esforço que perpetramos no texto. Por isso, filiamo-nos à conclusão de Dimoulis (2010:213) de que "prevalece a especial, havendo exceções". A Lei Complementar 95/1998, a despeito de pretender maior segurança em face de revogações tácitas (Dimoulis, 2010: 194, 209 e 212), causou um impacto negativo do ponto de vista da política legislativa ao prescrever revogação expressa. O dispositivo do art. 9º da citada Lei Complementar diz respeito, todavia, à cláusula de revogação, nada determinando sobre existência ou efeitos da revogação tácita. Trata-se de uma norma diretriz sem repercussão prática.

de decisões judiciais não orientadas pelos tratados, mas não em face da lei ordinária aprovada pelo Poder Legislativo.

Além do plausível argumento de natureza político-internacional, segundo o qual o Brasil não pode quebrar seus compromissos internacionais sob pena de ser responsabilizado, ou na melhor das hipóteses sofrer um abalo em sua imagem internacional e do pseudo-jurídico, não convincente, argumento da prevalência da regra mais favorável ao ser humano titular do direito (*pro homine*),[46] a "concorrência" do direito humano convencional, por força da cláusula da não-exclusão dos direitos decorrentes de tratados internacionais do art. 5º, § 2º CF, *equivale à conformação legal infraconstitucional* de um direito fundamental e há de ser solucionada com base no critério da especificidade, e não no da anterioridade, que em regra tem prevalência sobre aquele.[47] Ocorre que a conformação infraconstitucional de um direito fundamental é substancialmente distinta de uma intervenção estatal na área de proteção de um direito, podendo ser considerada concretização da área de proteção.[48] Afastada a potencial colisão, o parâmetro convencional coexiste ao constitucional, sendo, materialmente falando, alçado ao plano constitucional.

Tal inversão de prevalência dos critérios só pode ser defendida, entretanto, nos casos em que o legislador não revogar expressamente direito humano protegido por tratado incorporado pelo procedimento tradicional, hipótese na qual o controle de convencionalidade serviria, segundo a situação jurídico-constitucional vigente, tão-somente para efeitos de responsabilização externa do Brasil, como ocorre em qualquer quebra contratual, mas não para a invalidação da lei revogadora.

Um bem-vindo fortalecimento do controle de convencionalidade só seria perpetrado por EC que inserisse no art. 59 da CF, o qual elenca as espécies normativas, o tratado internacional destacando expressamente a supralegalidade de todos os tratados ou pelo menos dos tratados que versem sobre direitos humanos, pois hoje a CF "fala uma língua clara" ao mencionar o tratado internacional ao lado da lei como *objeto* das ações do controle normativo concreto em sede de recurso extraordinário interposto perante o STF (art. 102, III, "b") e, de novo, ao lado da lei como parâmetro do controle concreto de legalidade/convencionalidade em sede de recurso especial perante o STJ (art. 105, III, "a").

---

[46] Esse argumento é falacioso. Tenta-se, com ele, fundamentar o aludido princípio *pro homine* segundo o qual haveria de se escolher o parâmetro (constitucional, legal ou convencional) mais favorável ao titular universal. A escolha de um parâmetro normativo, todavia, não pode ser submetida a tal ponderação de resultados, quase como se o operador do direito estivesse num "supermercado das normas". Essa visão "consumista" do direito, pautada na suposta liberdade de escolha, pelo operador, de um parâmetro que convenha ao resultado por aquele pretendido, corrompe a ordem constitucional vigente. Seus adeptos, apoiados em parte da nova jurisprudência do STF, pretendem, com uma ingênua referência à diferença entre revogação e invalidação, dizer que a norma legal superveniente inconvencional não seria revogada, mas teria seus efeitos cassados. Tal efeito só pode se basear, por óbvio, na incompatibilidade da regra inferior com a superior, o que ainda não foi feito pelo constituinte brasileiro. Cf, também bastante crítico em face de tentativas de "amalgamar" ou "cumular" normas protetivas sem consideração pelo sistema normativo-constitucional vigente: Dreier, 2004: 136-138.

[47] Para referência às opiniões contrárias vide novamente Dimoulis, 2010: 212.

[48] Sobre os conceitos, cf. Dimoulis e Martins, 2009: 126-135.

Referências bibliográficas

Amaral Jr., José Levi Mello do. Comentários aos art. 93, inc. X ao [art.] 99 da Constituição Federal. In: Agra, Walber de Moura; Bonavides, Paulo e Miranda, Jorge (coord.). Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1195-1126.

Baptista Martins, Pedro. Da unidade do direito e da supremacia do direito internacional [Atualizado por Luís Ivani de Amorim]. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Dimoulis, Dimitri. Manual de introdução ao estudo do direito. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Dimoulis, Dimitri; Martins, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 2ª. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Dreier, Horst. "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG". In: Dreier, Horst. Grundgesetz-Kommentar, vol. 1 [Präambel, Artikel 1 – 19], 2ª ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, p. 39-138.

Ferrajoli, Luigi. A soberania no mundo moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Hitters, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, N° 2, 2009, pp. 109-128.

Martins, Leonardo. Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. In: Martins, Leonardo (Org.). Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., 2005, p. 33-126.

— "A retórica do processo constitucional objetivo no Brasil - Breves considerações de constitutione ferenda". In: Novelino, Marcelo (org.). Leituras complementares de direito constitucional: Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. 2ª ed. rev. e atualizada. Salvador: JusPodium, 2008, p. 247-265.

Mazzuoli, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010-a.

— O Controle jurisdicional da convencionalidade das leis. São Paulo: RT, 2010-b.

Mendes, Gilmar Ferreira et al. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

Moncayo, Guilhermo R. et al. Derecho internacional público. 3ª ed. Buenos Aires: Zavalia

Piovesan, Flavia. "Reforma do judiciário e direitos humanos". In Tavares, André Ramos et al. (orgs.). Reforma do judiciário analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005, p. 67-81.

Sagüés. Néstor Pedro. Obrigaciones internacionales y control de convencionalidad. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 8, N° 1, 2010, p. 117-136.

Tavares, André Ramos. Curso de direito constitucional. 8ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

— Reforma do judiciário no Brasil pós-88. (Des)estruturando a justiça. São Paulo: Saraiva, 2005.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, PP 485-501, ISSN 1510-4974

Rudolf Mellinghoff (Alemania)*

Los tribunales constitucionales entre la autolimitación judicial y la injerencia político-constitucional

RESUMEN

El trabajo estudia el papel de los tribunales constitucionales a partir de sus amplias competencias, más allá de la resolución de conflictos entre los órganos estatales, sobre todo en relación con la protección de los derechos humanos. Las amplias facultades convierten a estos tribunales en un probable actor político. A partir de la pregunta: ¿en qué medida la injerencia político-constitucional de los tribunales constitucionales resulta admisible o, incluso, necesaria o deseable?, el autor propone, partiendo de la casuística alemana, caminos viables y compatibles con el equilibrio de poderes en el Estado democrático de derecho.

Palabras clave: tribunales constitucionales, competencia de tribunales, protección de los derechos fundamentales, control jurisdiccional, Tribunal Constitucional Federal, Ley Fundamental de Bonn, separación de poderes, actuación de los jueces, Alemania.

ZUSAMENFASSUNG

Der Beitrag untersucht die Rolle der Verfassungsgerichte unter Berücksichtigung ihrer weitreichenden Kompetenzen, die sich über die Lösung von Konflikten zwischen Staatsorganen hinaus vorrangig auf den Menschenrechtsschutz erstrecken. Diese weitreichenden Befugnisse lassen die Gerichte zu wahrscheinlichen politischen Akteuren werden. Ausgehend von der Frage, in welchem Umfang die verfassungspolitische Einflussnahme zulässig oder womöglich notwendig und wünschenswert ist, schlägt der Autor auf der Grundlage der deutschen Kasuistik Wege vor, die gangbar und mit dem Gleichgewicht zwischen den Gewalten im demokratischen Rechtsstaat vereinbar sind.

Schlagwörter: Verfassungsgerichte, Zuständigkeit der Gerichte, Schutz der Grundrechte, gerichtliche Kontrolle, Bundesverfassungsgericht, Bonner Grundgesetz, Gewaltenteilung, richterliche Amtsführung, Deutschland.

ABSTRACT

The role of constitutional courts is analyzed beginning with their multiple areas of competence and going beyond the resolution of conflicts between government agencies, especially with regard to the protection

---

* Juez de la Corte Constitucional Federal. ‹bvr@mellinghoff.org›

of human rights. Due to their extensive range of powers, these courts are likely to become political actors. Is political and constitutional interference by constitutional courts acceptable, or even necessary or desirable? Based on this question and the study of German cases, the paper suggests viable solutions which are also compatible with the balance of powers in a democratic State under the rule of law.

Keywords: constitutional courts, judicial jurisdiction, protection of fundamental rights, jurisdictional control, Federal Constitutional Court, Basic Law for the Federal Republic of Germany, separation of powers, judicial action, Germany.

1. Las competencias de los tribunales constitucionales

Los tribunales constitucionales y supremos de una colectividad política pueden tener múltiples competencias. En muchos casos las funciones de los primeros tribunales constitucionales que se crearon en Europa se limitaban a la función de un tribunal del Estado encargado de dirimir las controversias entre diferentes órganos constitucionales.[1] Actuando como tribunales del Estado, los tribunales constitucionales resuelven, por ejemplo, las diferencias entre el Parlamento y el Gobierno o entre la mayoría y la minoría parlamentaria. Pueden asimismo delimitar las competencias de un órgano constitucional. En un estado federal los tribunales del Estado resuelven también las diferencias entre el Gobierno federal y uno o varios estados federados, o entre estados federados. En Alemania los procesos que involucran a los partidos políticos están comprendidos en las controversias entre órganos constitucionales.[2] Por consiguiente, existe la posibilidad de solicitarle al Tribunal Constitucional Federal que proscriba un partido.[3]

Sin embargo, uno de los cometidos principales de los tribunales constitucionales es la protección y preservación de los derechos humanos. En las últimas décadas esta función se ha convertido en la más importante y relevante de los tribunales constitucionales.[4] Estos protegen al ciudadano contra los excesos del poder del Estado. De esta manera, limitan la jurisdicción de la administración pública. En varios sistemas los ciudadanos tienen el derecho de presentar recursos de inconstitucionalidad u otras acciones legales extraordinarias ante los tribunales constitucionales para solicitar la revisión de los procedimientos estatales.

---

[1] Sobre la historia de la jurisdicción constitucional, cf., por ejemplo, Robbers, en Umbach, Clemens y Dollinger: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz [Ley del Tribunal Constitucional Federal]* (*BverfGG*, por sus siglas en alemán), 2.ª ed., AI, pp. 3-8.

[2] Jurisprudencia sentada desde la decisión del Tribunal Constitucional Federal (BverfGE, por sus siglas en alemán) n.º 1, p. 208 (pp. 223 ss.); cf. también E. Klein, en Benda y Klein: *Verfassungsprozessrecht [Derecho del proceso constitucional]*, nm 1011; Pestalozza: *Verfassungsprozessrecht*, § 7, nm 12.

[3] Cf. art. 21, ap. 2 de la Ley Fundamental (GG, por sus siglas en alemán); § 43 ss. del BVerfGG.

[4] El mayor porcentaje de los juicios ante el Tribunal Constitucional Federal corresponde, con 95% de los casos, a los recursos de amparo constitucional, por medio de los cuales los ciudadanos pueden reclamar por la conculcación de sus derechos fundamentales (cf. *Estadísticas del Tribunal Constitucional Federal*, ‹http://www.Tribunal Constitucional Federal.de/organisation/gb2009/A-I-1.html›.

En esos casos los tribunales constitucionales no solo verifican el cumplimiento de las disposiciones legales por la administración pública, la policía o los tribunales, sino que examinan también la constitucionalidad de la legislación.[5] Están facultados a determinar la validez o nulidad de una ley. Así, examinan las bases jurídico-constitucionales del accionar estatal. Es en este contexto que cumplen su función protectora de los derechos humanos, ya que la injerencia del Estado en la libertad y la propiedad de los ciudadanos requiere una legislación conforme a la Constitución. El Tribunal Constitucional está asimismo facultado a disponer que el Estado adopte determinadas medidas. El Parlamento puede ser obligado a legislar, mientras el Gobierno puede ser conminado a adoptar medidas específicas para proteger a los ciudadanos.

Al disponer de competencias tan amplias, los tribunales corren el peligro de convertirse en actores políticos. Sus decisiones ejercen una influencia determinante en las decisiones políticas del país. Imponen modificaciones a los parlamentos o gobiernos y de ese modo influyen en la realidad política y las condiciones de vida de los países en cuestión. Esta observación plantea la interrogante de hasta qué punto la injerencia político-constitucional de los tribunales constitucionales resulta admisible o, por el contrario, si se considera necesaria o deseable. En realidad, los tribunales constitucionales no dejan de ser tribunales con competencias jurisdiccionales y procedimientos judiciales específicos. Queda por lo tanto planteada la interrogante de si la autolimitación judicial no se impone, especialmente con respecto a cuestiones políticas.

Propongo un análisis en tres pasos de la tensión que existe en los tribunales constitucionales entre la autolimitación judicial y la injerencia político-constitucional. En primer lugar quisiera demostrar que el proceso de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales confiere una fuerte influencia político-constitucional a los tribunales constitucionales. Junto con ello analizaré el problema dogmático constitucional de la delimitación de las competencias de un tribunal constitucional en una democracia parlamentaria. Partiendo del ejemplo de la relación entre el tribunal constitucional y la legislación, indagaré en segundo término en los límites a los que un tribunal constitucional se ve sometido a partir de sus funciones. Todos los jueces constitucionales se enfrentan a la cuestión de los límites entre la injerencia político-constitucional y la autolimitación judicial, y cada juez debe responder esta pregunta desde su conciencia. En la última parte mencionaré algunos criterios para el ejercicio de la función de juez constitucional.

2. Injerencia político-constitucional: clasificación de los derechos fundamentales

Debido a las responsabilidades del Tribunal Constitucional en la interpretación y aplicación de los derechos humanos, este dispone de múltiples posibilidades para interferir

[5] Cf. Schlaich y Korioth: *Das Bundesverfassungsgericht [El Tribunal Constitucional Federal]*, 7.ª ed., nm 6.

con la política. En efecto, la evolución de la jurisprudencia en Alemania es una prueba de que el Tribunal Constitucional Federal ha intervenido de muchas formas en la política por medio de su jurisprudencia. Así, ante la casi ausencia de derechos sociales fundamentales en la Constitución que generen obligaciones concretas al Estado, en algunos casos el Tribunal Constitucional Federal creó directivas concretas y de aplicación obligatoria por el Estado.

2.1. Derechos de autonomía

Los derechos fundamentales son, en primer lugar, derechos subjetivos del ciudadano con el fin de poner límites a la acción del Estado y para rechazar injerencias inconstitucionales.[6] A partir de su función de derechos de autonomía, los derechos fundamentales abren la posibilidad de que los tribunales constitucionales restrinjan el margen de acción del Poder Legislativo y, en consecuencia, influyan en la política.

Entendidos como derechos de autonomía, los derechos fundamentales definen la condición legal del individuo y le ofrecen garantías contra las injerencias del poder público. Analizados desde esta función, los derechos fundamentales se definen a menudo como espacios protegidos en los cuales el Poder Legislativo solo puede intervenir sobre la base de una ley formal y materialmente legítima, con el fin de proteger otros bienes jurídicos.[7] Por otra parte, la intervención debe ser proporcional. El principio de proporcionalidad es un criterio básico para la evaluación de la constitucionalidad de las leyes y medidas estatales específicas. Por ejemplo, según la opinión del Tribunal Constitucional Federal, la prohibición y disolución de reuniones se admite solamente sobre la base del respeto irrestricto del principio de proporcionalidad, porque la libertad de reunión integra el conjunto de los componentes irrenunciables para el funcionamiento de cualquier colectividad democrática.[8] Del mismo modo, solo se admite el allanamiento de la vivienda particular de un ciudadano por la policía o la fiscalía cuando hay sospecha fundada de que se ha cometido un delito.[9] Por lo tanto, no existe una prohibición total contra una posible intervención del espacio de vida autodeterminada por el Estado. En cambio, la función defensiva de los derechos fundamentales sirve para racionalizar y moderar la injerencia estatal.

2.2. Dimensión objetiva

Pero el efecto de los derechos fundamentales sobre el orden jurídico general se manifiesta también en la dimensión jurídica objetiva. Por lo tanto, su vigencia en la

---

[6] Cf. al respecto Sachs, en Merten y Papier: *Handbuch der Grundrechte [Manual de los derechos fundamentales]*, tomo II, § 39, pp. 655 ss.

[7] Gostomzyk, en *JuS* 2004, p. 949; Hesse: *Grundzüge des VerfR der BRep. Dtld. [Bases del Derecho Constitucional de la República Federal de Alemania]*, 20.ª ed., nm 307.

[8] BVerfGE 69, pp. 315 ss.

[9] Cf. BVerfGE 115, p. 166 (201).

colectividad incluye a todas las partes, no queda limitada a la relación entre el ciudadano y el Estado. La libertad individual no es ilimitada; por el contrario, se rige por codificaciones y limitaciones legales.[10] Su objetivo es buscar la conciliación de las posiciones jurídico-constitucionales de las personas en torno a un supuesto. Para ello las posiciones jurídico-constitucionales divergentes deben ser ponderadas de tal forma que tengan el máximo efecto posible para cada una de las partes. Con vistas a este objetivo, los derechos fundamentales ofrecen puntos de orientación para la legislación, la administración y la jurisdicción.

Ninguna disposición estatal u otra medida debe contravenir los preceptos expresados en los derechos fundamentales y todas las disposiciones deben ser interpretadas de conformidad con su espíritu. Pero la dimensión jurídica objetiva no debe ser la única función de los derechos fundamentales, en oposición al aspecto subjetivo, defensivo, o quizá hasta en sustitución de este. En cambio, se debe partir de diferentes configuraciones fundadas en el contenido básico normativo, pero que trascienden, sin excepción, la dimensión jurídico-subjetiva.[11]

La función jurídico-objetiva lleva al Tribunal Constitucional Federal no solo a poner límites a las acciones del Estado, sino también a obligarlo a que emprenda determinadas acciones. El Tribunal Constitucional Federal estableció el derecho a asegurar las bases del ejercicio de los derechos fundamentales, específicamente por medio de la organización y los procedimientos.[12] Formuló derechos de prestación y de participación,[13] además de imponerle al Estado determinadas obligaciones de protección[14] que se plasman en mandatos concretos al Parlamento y al Gobierno. De esta forma, el Tribunal Constitucional Federal está en condiciones de ejercer una influencia política de gran alcance.

2.2.1. Eficacia indirecta frente a terceros

En una primera fase el Tribunal Constitucional Federal estableció la eficacia indirecta frente a terceros. La decisión en la causa *Lüth*[15] marcó el inicio de esta evolución: fundamentó la eficacia indirecta frente a terceros y sentó las bases para la jurisprudencia subsiguiente del Tribunal Constitucional Federal. La causa tenía como origen un llamado al público en general a boicotear una película por haber sido rodada por un director que había producido una conocida película de propaganda antisemita en la época nacionalsocialista. En una primera instancia la justicia civil condenó al autor del

---

[10] Jarass, en *Festschrift. 50 Jahre BVerfG [Homenaje. 50 años del Tribunal Constitucional Federal]*, tomo II, 2001, p. 35 (pp. 39 ss.); Gostomzyk, en *JuS* 2004, p. 949.

[11] Gostomzyk, en *JuS* 2004, p. 949.

[12] Cf., por ejemplo, BVerfGE 53, p. 30 (pp. 65 s., 72 s.); 56, p. 216 (236); 65, p. 76 (94); 63, p. 131 (143); 65, p. 1 (44, 49); 69, p. 315 (355).

[13] Para una discusión exhaustiva, véase Rüfner, en Merten y Papier: o. cit., tomo II, § 40, p. 679 ss., con referencias complementarias.

[14] Exhaustivo: Callies, en Merten y Papier: o. cit., tomo II, § 44, p. 963 ss., con referencias complementarias.

[15] BVerfGE 7, pp. 198 ss.

llamado al boicot, Erich Lüth, a pagar una indemnización y a abstenerse. La apelación de Lüth contra esta decisión lo llevó en última instancia a interponer un recurso de amparo constitucional.

En su decisión, el Tribunal Constitucional Federal expuso que las disposiciones referidas a los derechos fundamentales exceden la función de derechos de autonomía, para representar también el orden objetivo de valores que actúa como la base jurídico-constitucional de todas las áreas del derecho. El contenido material de los derechos fundamentales opera en primer lugar a través del derecho común —por ejemplo, el derecho civil—, ya que este debe ser dispensado de conformidad con la Constitución. Por lo tanto, se ocupa sobre todo de las disposiciones legales de carácter obligatorio. Sin embargo, si el Poder Legislativo se sirve de términos jurídicos sin definir o de cláusulas generales, los derechos fundamentales podrán adquirir importancia para la interpretación de aquellas, así como también para la aplicación en el caso concreto. Por lo tanto, el derecho común es interpretado como un canal para la realización de las obligaciones jurídicas objetivas en materia de derechos fundamentales, la cual a su vez faculta su ejercicio ante los tribunales.

La eficacia indirecta de los derechos fundamentales incide especialmente en la estructuración del derecho privado.[16] Por ejemplo, faculta al Poder Legislativo a dictar leyes de equiparación[17] que, entre otros aspectos, obligan a las personas particulares a no discriminar a la otra parte contratante cuando suscriben un contrato de trabajo. El derecho de arrendamiento ofrece otro ejemplo para ilustrar la gran importancia de la mencionada función de los derechos fundamentales. Si la rescisión de un contrato de arrendamiento y el desalojo implican un riesgo para la integridad y la vida de una persona, el derecho a la propiedad del arrendador quedará relegado a un segundo plano.[18] El arrendatario quedará temporalmente autorizado a permanecer.

2.2.2. Aseguramiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos fundamentales, sobre todo por medio de la organización y los procedimientos

El significado jurídico objetivo de los derechos fundamentales le sirvió al Tribunal Constitucional Federal como base de la que deduce el aseguramiento y la aplicación de los derechos fundamentales con la ayuda de la organización y los procedimientos. Ambos elementos son necesarios para crear las condiciones que sean propicias al ejercicio de los derechos fundamentales.[19]

Un ejemplo de ello es la creación de universidades públicas para garantizar la libertad científica conforme al inciso 3 del artículo 5 de la Ley Fundamental. El Estado,

---

[16] Cf. Papier, en Merten y Papier: o. cit., tomo II, § 55, nm 14; véase también, entre otros, BVerfGE 73, p. 261.

[17] Por ejemplo: *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz [Ley General sobre el trato igualitario]*, del 14 de agosto de 2006, *BGBl. [Diario Oficial]* I 2006, p. 1897 (1910).

[18] BVerfGE 52, pp. 214 ss.

[19] Exhaustivamente, Schmidt-Aßmann, en Merten y Papier: o. cit., tomo II, § 45, pp. 993 ss.

pues, no solo debe abstenerse de cualquier injerencia anticonstitucional en los asuntos propios de la ciencia, sino que debe oponerse al vaciamiento de las garantías constitucionales de la libertad desde una actitud de "protección y apoyo".[20]

La protección de los derechos fundamentales con la ayuda de la organización y los procedimientos adquirió un papel destacado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el procedimiento de aprobación del derecho nuclear.[21] La Constitución le impone al Estado la prohibición absoluta de poner en peligro la vida y la integridad física de los ciudadanos. El sector público deberá actuar de conformidad mediante el dictado de disposiciones materiales y de procedimiento, si desea autorizar el uso de la energía nuclear con fines pacíficos. Por lo tanto, la estructuración de los derechos fundamentales no se debe limitar a las disposiciones materiales, sino que debe crear reglas de procedimiento que vuelvan factible la participación de los ciudadanos en el procedimiento de autorización según sus intereses; por ejemplo, en la protección de la salud.

2.2.3. Derechos de prestación y de participación

La función jurídica objetiva de los derechos fundamentales puede asimismo desembocar en la creación de derechos de prestación y de participación para los ciudadanos. En ese caso los ciudadanos tendrán el derecho de reclamar ciertas prestaciones (positivas) al Estado. Un ejemplo de ello sería la garantía del mínimo de subsistencia. A principios del 2010 el Tribunal Constitucional Federal tomó una decisión al respecto, en la cual declaró que la determinación del mínimo de subsistencia en Alemania no estaba conforme con la Constitución.[22] El derecho fundamental a la garantía de un mínimo de subsistencia digno, conforme al inciso 1, artículo 1, de la Ley Fundamental, en conjunción con el principio del Estado social establecido en el inciso 1 del artículo 20 de la Ley Fundamental, asegura que todos dispongan de los recursos materiales necesarios para su existencia física y su participación en la vida social, cultural y política. Este derecho debe ser cumplido por el Estado, al tiempo que debe ser concretado y actualizado permanentemente por el Poder Legislativo. El Estado debe determinar los servicios a prestar en función del desarrollo de la colectividad en cuestión y las condiciones de vida existentes.

El alcance de los derechos de prestación otorgados por la Constitución —es decir, los tipos de demanda y los recursos necesarios para satisfacerlos— no se desprenden directamente de la Constitución. El Poder Legislativo debe concretarlos y dispone de un considerable margen para su estructuración.

El Tribunal Constitucional Federal se limita a evaluar si el Poder Legislativo logró comprender y definir adecuadamente —a partir del artículo 1.1 en conjunción con el artículo 20.1 de la Ley Fundamental— el objetivo de garantizar una vida digna; si fue capaz de establecer, en el marco de su margen de estructuración, un procedimiento

[20] Gostomzyk, en *JuS* 2004, p. 949 (951); cf. con respecto a esta problemática: BVerfGE 35, p. 79.
[21] BVerfGE 53, p. 30.
[22] BVerfGE 125, pp. 175 ss.

adecuado en términos generales para el cálculo del mínimo de subsistencia; si determinó, en esencia, la información necesaria de forma completa y correcta; y, finalmente, si actuó, en el marco del procedimiento elegido y sus principios estructurales, en todas las fases del cálculo sobre la base de un conjunto de datos comprobables y en el marco de lo defendible. Dado que en Alemania estas bases no se habían cumplido, el Tribunal Constitucional Federal conminó al Poder Legislativo a efectuar un nuevo cálculo de las prestaciones financieras.[23]

En Alemania existe cierta reticencia a reconocer los derechos de prestación. El Tribunal Constitucional Federal no puede obligar al Estado a proceder de forma tal que le genere gastos obligatorios. Los derechos fundamentales constituyen, antes que nada, derechos de autonomía que exijan al Estado que se abstenga de actuar y no que actúe de determinada forma. No obstante, en muchas áreas —como, por ejemplo, la legislación de asistencia social y el derecho tributario— el Tribunal Constitucional Federal impuso un mínimo de subsistencia económica frente al Estado y reclamó la aprobación de normas legales en casos específicos, restringiendo así considerablemente el margen de acción política del Estado.

2.2.4. Deberes de protección

Finalmente, los derechos fundamentales pueden implicar determinados deberes de protección del Estado.

El propósito prioritario de los deberes constitucionales de protección es la defensa de la esfera jurídica particular contra los excesos e injerencias de otros particulares. No se prohíbe al Estado la realización de determinados actos; por el contrario, se lo conmina a actuar. Esto implica determinadas responsabilidades estatales que se derivan de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional Federal parte de los derechos fundamentales para deducir de ellos la obligación de actuar de los organismos estatales. Al mismo tiempo, el Estado dispone de un amplio margen de acción para decidir de qué forma se propone actuar, siendo el principio rector que no abandone su deber de proteger los derechos fundamentales.

A modo de ejemplo, se partió de un deber de protección del Estado con respecto a la vida en gestación. En las sentencias relativas a la legislación sobre la interrupción del embarazo, el Tribunal Constitucional Federal establece lo siguiente: "El deber de protección del Estado no solo prohíbe cualquier intervención directa del Estado en la vida en gestación, sino que lo conmina a defenderla desde una posición de protección y apoyo".[24]

De esta forma la Ley Fundamental obliga al Estado a defender la vida humana, incluida la vida antes de nacer. El derecho a la vida no se establece recién a partir de la aceptación por la madre; la protección legal asiste al no nacido incluso contra su madre. Para que una protección de estas características sea posible, el Poder Legislativo

[23] Exhaustivamente: BVerfGE 125, pp. 175 ss.
[24] BVerfGE 39, p. 1 (41 ss.); véase también BVerfGE 88, p. 203.

debe prohibir, sin condiciones, el aborto e imponerle a la madre la obligación legal de principio de tener el niño. El derecho a la vida del no nacido no debe subordinarse a la decisión libre, legalmente no vinculada de un tercero, incluida la madre.

Sin embargo, a partir de los derechos fundamentales de la mujer pueden generarse situaciones excepcionales, en las cuales resulte imposible exigirle que tenga el niño. Para ello el Poder Legislativo debe definir en primer lugar la inexigibilidad. Para que esta sea constatable deben darse determinadas cargas que requieren niveles tales de abnegación de los valores personales que no pueden ser exigidos a la mujer. Estas leyes también están sometidas al control del Tribunal Constitucional Federal.[25]

3. La posición del Tribunal Constitucional Federal en la estructura de funciones

Quedó demostrado por medio de esta breve visión de conjunto que los tribunales constitucionales y su jurisprudencia pueden ejercer una influencia importante sobre la estructuración de la realidad de vida. Esa influencia no se expresa solamente a través de sentencias que le prohíben al Estado actuar de determinada manera. Los derechos fundamentales, interpretados desde sus funciones de derechos de prestación y de participación, de garantías institucionales y de criterios para las obligaciones constitucionales de protección, pueden llevar a que un tribunal constitucional obligue al Parlamento o al Gobierno a actuar de determinada forma. De esta manera los tribunales constitucionales interfieren a menudo con el espacio político-constitucional de estructuración del Poder Legislativo. En el caso de Alemania, esta situación impulsa a las ciencias jurídicas y a quienes las ejercen en la práctica a reflexionar sobre los límites funcionales de la justicia constitucional, sobre todo con respecto al Poder Legislativo.

3.1. Legitimación de las competencias del Tribunal Constitucional Federal

En este contexto se plantea, en primer lugar, la cuestión de la legitimación de las competencias del Tribunal Constitucional Federal.

La dura experiencia del régimen totalitario nazi llevó a los creadores de la Ley Fundamental no solo a formular los derechos humanos y garantías en términos de derechos de autonomía exigibles. Establecieron un vínculo expreso entre la legislación, la administración y la justicia y la Constitución, y facilitaron de esta manera la plena vigencia del Estado de derecho. Por consiguiente, la legitimación del control de constitucionalidad se deriva de la supremacía de la Constitución. El poder del Estado, en su totalidad, queda subordinado a la Ley Fundamental. El Parlamento no tiene el derecho de hacer caso omiso a la Constitución, aun cuando disponga de las mayorías necesarias.

[25] BVerfGE 39, pp. 1 ss.; BVerfGE 88, pp. 203 ss.

La legitimación del Tribunal Constitucional Federal como órgano de control del Poder Legislativo forma parte de la lógica del Estado constitucional.[26] El supuesto de un Estado constitucional, en el que la política queda vinculada a la Constitución, conduce a la necesidad de una instancia capaz de actualizar el mencionado vínculo en el marco de un procedimiento conveniente de interpretación y aplicación de las normas. El Estado constitucional requiere, como condición indispensable de su realización, una jurisdicción constitucional independiente que controle los otros órganos constitucionales y los obligue a actuar de conformidad con la Constitución. La constitución del Tribunal Constitucional Federal como instancia de control del Poder Legislativo significa, pues, la conclusión del Estado constitucional.[27]

Sin embargo, sería un error atribuirle al Tribunal Constitucional Federal un papel preponderante frente a los otros poderes clásicos. Todos los poderes del Estado constitucional con separación de poderes deben respetar la Constitución, actuar de conformidad con ella en el cumplimiento de sus competencias y, necesariamente, interpretarla y aplicarla. Teóricamente no existen diferencias entre los órganos constitucionales con respecto a sus competencias y su capacidad de discernir. Sin embargo, si se somete un conflicto constitucional al Tribunal Constitucional Federal, este tendrá la autoridad de última instancia para interpretar la Constitución. A ello se agrega que la propia Constitución es una expresión del derecho político, ya que dirige la lucha de los actores importantes del Estado y la sociedad por el bien común, a la vez que fija sus límites.[28]

La interpretación de la Constitución es sobre todo una obligación del Poder Legislativo. Este, al dictar disposiciones que pueden afectar el contenido material de la Constitución, actúa al mismo tiempo como intérprete de la Constitución. Esta realidad debe ser respetada —y, efectivamente, lo es— por el Tribunal Constitucional, porque en aquellos casos en que la Constitución ofrece varias opciones de interpretación e implementación, la prerrogativa de la interpretación cabe al Poder Legislativo. Según la Constitución. el Poder Legislativo actúa como intérprete principal, y el Tribunal Constitucional Federal interviene tan solo como un intérprete de la Constitución en segunda instancia, que cuenta además con la facultad de controlar.[29]

3.2. Límites del control de inconstitucionalidad

La amplitud de los derechos y el poder del Tribunal Constitucional Federal dejan planteado el problema de los límites del control de inconstitucionalidad. Desde los inicios,

---

[26] Ossenbühl, en *Festschrift…*, o. cit., tomo I, p. 33 (34).

[27] Voßkuhle, en Würtenberger (comp.): *Rechtsreform in Deutschland und Korea im Vergleich [Reformas legales en Alemania y Corea: un estudio comparativo]*, p. 215.

[28] Voßkuhle, en v. Mangoldt, Klein y Starck: *GG-Kommentar [Comentario de la Ley Fundamental]*, tomo 3, artículo 93, nm 32.

[29] Cf. P. Kirchhof: "Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung [Jurisdicción constitucional y legislación]", en P. Badura y R. Scholz (comps.): *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung [Jurisdicción constitucional y legislación]*, simposio en ocasión del 70.º cumpleaños de P. Lerche, Múnich, 1998, p. 5.

la tensión —sin solución estructural posible— que existe entre la jurisdicción constitucional y la legislación ha sido objeto tanto de la jurisprudencia como de la ciencia. Hubo numerosos intentos por establecer criterios racionales para una delimitación que se ajuste a la Constitución.[30]

Tomando como referencia la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, a veces se menciona el principio de la autolimitación judicial (*judicial self-restraint*) para conjurar el peligro de un "Estado jurisdiccional"[31] bajo la dirección del Tribunal Constitucional. Sin embargo, este término general y sin matices sirve apenas para describir el problema, y no permite una delimitación de los cometidos de la jurisdicción y la legislación. El mandato de la autolimitación judicial carece de contenido y a menudo tiene como único propósito caracterizar decisiones incómodas como extralimitación.[32] Cualquier limitación por mandato propio no contaría con un fundamento constitucional ni reflejaría el cometido del Tribunal Constitucional. Este debe hacerse cargo de las obligaciones que la Constitución le confiere y no está facultado a apoyarse en sus competencias para renunciar a la evaluación de casos jurídico-constitucionales problemáticos.[33]

Lo mismo vale para la "doctrina de cuestión política" (*political question-doctrine*) de la jurisprudencia estadounidense, por la cual el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se excusa de dirimir controversias esencialmente políticas. Según la normativa constitucional vigente en Alemania, no se considera admisible que el Tribunal Constitucional Federal evite el control de una ley aduciendo la naturaleza política de la controversia.[34]

Por lo tanto, los límites de la jurisdicción constitucional deben ser definidos a partir de la propia Constitución. Las facultades de decisión del Tribunal Constitucional Federal no podrán exceder los límites de las competencias que le confiere la Constitución y están condicionadas a la existencia de mandatos y criterios de la Constitución que le sirven al Tribunal como puntos de referencia. "Solo en aquellos casos en que existan *normas del derecho constitucional* relativas a la actuación política el Tribunal Constitucional Federal podrá contrarrestar la conculcación de estas".[35] El tribunal no podrá decidir al margen de los criterios que se fijaron para el control jurídico-constitucional y, del mismo modo, la profundidad del control depende también de las normas jurídico-constitucionales. Por lo tanto, la densidad de los controles llevados a cabo por el Tribunal Constitucional se corresponde con la densidad normativa de los criterios para realizar los controles que el derecho constitucional estipule.[36]

---

[30] Cf. solamente las referencias de Voßkuhle: o. cit., artículo 93, nm 35 ss., y de Schlaich y Korioth: o. cit., nm 500 ss.

[31] Cf. Voßkuhle: o. cit., artículo 93, nm 35.

[32] Esto vale también para algunas opiniones en discordia emitidas por jueces del Tribunal Constitucional Federal: cf. BVerfGE 115, p. 320 (381); 93, p. 121 (151); 48, p. 127 (201).

[33] Cf. Schlaich y Korioth: o. cit., nm 500, con referencias complementarias.

[34] Benda y Klein: o. cit., nm 24.

[35] BVerfGE 62, p. 1 (51).

[36] Korinek: "Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen" [*"La jurisdicción constitucional en el contexto de las funciones del Estado"*], en *VVDStRL* 39 (1981), p. 7 (40 ss.).

Al partir del enfoque jurídico-material, compete al Tribunal Constitucional Federal definir la amplitud de los criterios de control que el mismo tribunal haga por medio de la interpretación de la Constitución, así como el alcance de sus competencias, por lo cual en el plano científico prevalecen las consideraciones jurídico-funcionales con la finalidad de lograr mayor precisión dogmática de los límites de la jurisdicción constitucional.[37] Para ello se destaca la "relación entre el derecho constitucional material y el ordenamiento funcional según la Constitución".[38] La jurisdicción constitucional es concebida como un componente de la arquitectura funcional con base en la separación de los poderes que la Ley Fundamental establece. El eje de su caracterización es la distribución racional y eficiente de los papeles de cada órgano del Estado, con mayor énfasis en el proceso de toma de decisión —es decir, el procedimiento y su estructuración en la Constitución— que en el producto final (leyes, actos ejecutivos, sentencias). Siguiendo este enfoque, la definición de los derechos del Tribunal Constitucional Federal debe partir, perentoriamente, de la posición del Tribunal como tribunal con especialización en cuestiones constitucionales y la toma de decisiones como parte de un proceso judicial "neutral".[39]

Por cierto, la constitución de la jurisdicción constitucional como tribunal de justicia conlleva algunas delimitaciones funcionales relevantes para la actividad del Tribunal Constitucional Federal. El Tribunal solo podrá actuar en el marco de los tipos de procesos que se establecen al final de la Ley Fundamental, debe respetar el derecho del proceso constitucional y, aún más importante, no tiene derecho de iniciativa, por lo cual solo podrá actuar después de que se solicite su intervención. Sin embargo, estos límites jurídico-funcionales son derivados de la misma Constitución, al igual que los límites jurídico-materiales. El principio de la separación de poderes, que también permite la deducción de los límites funcionales de la jurisdicción constitucional, solo sirve como punto de orientación abstracta para establecer los límites entre la jurisdicción abstracta y el proceso de legislación.[40] Por lo tanto, la propia Constitución fija los criterios para la separación racional de los derechos del Tribunal Constitucional Federal del Poder Legislativo. En la medida en que la Ley Fundamental le confiere determinados derechos de control al Tribunal Constitucional Federal, este tendrá que ejercerlos.

El hecho de que el mismo Tribunal decida sobre los límites de los derechos de que dispone para interpretar las normas constitucionales plantea un dilema considerado inherente al Estado constitucional moderno. De modo que la jurisprudencia constitucional debe ser seguida tanto en el plano científico como en la práctica para apoyar los intentos por establecer una delimitación racional.

El resumen de algunas áreas problemáticas permitirá demostrar los límites de la jurisdicción constitucional respecto del Poder Legislativo con mayor claridad que las

---

[37] Exhaustivamente, H. P. Schneider, en *NJW* 1980, p. 2103 (2111); Voßkuhle, en conjunto con Mangoldt, Klein y Starck: o. cit., tomo 3, artículo 93, nm 40 ss., con referencias complementarias.

[38] Por ejemplo Schuppert: *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation [Los límites jurídico-funcionales de la interpretación constitucional]*, 1980, p. 1.

[39] Exhaustivamente, Voßkuhle: o. cit., nota 37.

[40] Schlaich y Korioth: o. cit., nm 513.

construcciones dogmáticas. Para ello debe partirse siempre de un margen muy amplio del que el Poder Legislativo dispone de principio. El Tribunal Constitucional Federal no tiene la tarea de evaluar si el Poder Legislativo encontró la solución más conveniente, racional y justa para cada caso.[41] La amplitud del margen de estructuración del Poder Legislativo en cada caso concreto depende de cada causa que debe ser revisada, pero también del área temática en cuestión y del alcance de los criterios de control jurídico-constitucionales existentes.[42]

En el marco de la constatación de los hechos y de los pronósticos, el Tribunal Constitucional Federal verifica si estos cuentan con una base lo suficientemente comprobada. Según el área temática a regular y la importancia de los bienes jurídicos en juego, el Tribunal podrá servirse de varios criterios, desde el control de evidencias, pasando por la evaluación de la imputabilidad, hasta el control intensificado del contenido.[43] En el caso de los pronósticos el Tribunal suele limitarse al control de evidencias. De comprobarse más adelante que el pronóstico fue erróneo, el Poder Legislativo tendrá que presentar una enmienda.[44]

4. Estándares éticos para la actuación de los jueces

Resulta imposible establecer límites inequívocos entre la jurisdicción constitucional, por un lado, y el Parlamento con su capacidad de estructuración política y el Gobierno en cuanto responsable de las decisiones políticas, por el otro. Esta precisión resulta especialmente válida frente al hecho de que ningún tribunal constitucional puede rehusarse a decidir aduciendo que la causa en cuestión se refiere a áreas políticas sensibles. Los tribunales constitucionales tienen la obligación de hacer valer los derechos fundamentales de los ciudadanos frente al Estado incluso en aquellos casos en que hacen referencia a asuntos políticos sensibles o que afectarían marcadamente la capacidad de estructuración política del Estado. En tanto tribunal de justicia, el tribunal constitucional tiene la obligación de implementar el derecho constitucional y de hacer respetar la Constitución en el país en cuestión. Este nivel de influencia fuerte sobre la política resulta de la competencia única que las constituciones otorgan a los tribunales constitucionales.

Los jueces del tribunal constitucional tendrán que delimitar sus competencias por sí mismos. Ante la ausencia de un límite inequívocamente establecido y claramente delimitado entre la jurisprudencia y la política, los jueces deberán enfrentar, una y otra vez, la acusación de haberse extralimitado en el ejercicio de sus funciones, para inmiscuirse indebidamente en la formulación de políticas.

---

[41] Jurisprudencia sentada, por ejemplo, BVerfGE 123, p. 1 (21).

[42] Cf. por ejemplo BVerfGE 57, p. 139 (159); 83, p. 130 (141).

[43] BVerfGE 123, p. 186 (241), decisivo: BVerfGE 50, p. 290 (332).

[44] Con respecto a la obligación de seguimiento y mejoramiento por parte del legislador, cf. BVerfGE 88, p. 203 (269, 309 ss.); p. 110, p. 141 (166, 169); 111, p. 10 (42).

Los magistrados podrán responder a esas acusaciones haciendo referencia a la función de la jurisdicción del tribunal constitucional y las competencias que le fueron transferidas. Pero el ejercicio de las enormes atribuciones de poder de las cuales puedan gozar los jueces del tribunal constitucional requiere además que actúen con responsabilidad personal, integridad moral y respeto por la ética judicial y profesional. Los jueces serán merecedores de la confianza de la población si adoptan los estándares más altos en el ejercicio de su función y actúan de conformidad con las virtudes de un juez. Solo entonces personificarán con credibilidad su obligación de proteger la Constitución sin que se sospeche de su posible participación en la formulación de políticas bajo la protección de la toga.

En muchos países los tribunales constitucionales actúan como última línea de defensa contra los abusos del poder del Estado y el tratamiento injusto. La paz y la seguridad jurídica de un país solo podrán asegurarse mientras los ciudadanos confíen en la justicia y los magistrados que representan el Estado de derecho. Por lo tanto, no debe haber dudas con respecto a la independencia, la imparcialidad y la integridad de la actividad judicial.

4.1. Indicaciones de la Ley Fundamental

La discusión sobre los requisitos para la actuación de los jueces se inició hace mucho tiempo en Alemania y en Europa en general. La Ley Fundamental contiene también algunas indicaciones relativas a los criterios para el ejercicio de la función judicial.

La discusión sobre la ética profesional de los jueces debe ser tan antigua como la misma profesión. En el caso de Alemania, ya en 1235 la Paz Territorial de Maguncia estableció algunos requisitos para el ejercicio de la actividad judicial.[45] Varias virtudes que se proclamaron como requisitos para el ejercicio de la actividad judicial nos resultan conocidas. Ya en aquel entonces se formularon los principios de imparcialidad, neutralidad, objetividad, insobornabilidad, desempeño del cargo de juez, comportamiento como profesional y en el ámbito extraprofesional, cumplimiento de los horarios de trabajo, acceso a la justicia y toma de decisiones según el leal saber y entender.

A pesar de la larga tradición de los mencionados requisitos, estos no pudieron evitar la existencia de un estado ilegítimo como el régimen nacionalsocialista de Hitler. Por lo tanto, la estructuración del sistema judicial y los requisitos para el desempeño de los jueces ocuparon un espacio destacado en el proceso de preparación de la Ley Fundamental, es decir, de la Constitución alemana hace 60 años.

En el transcurso de las deliberaciones sobre la Ley Fundamental se hizo hincapié en que la realización del Estado de derecho sería imposible sin la existencia de una judicatura dedicada e incuestionable. Se expuso que el Estado no solo necesitaba buenas leyes para convertirse en un Estado de derecho, sino también buenos jueces, y que la tarea de seleccionar jueces buenos y apropiados era extremadamente difícil, por lo cual sería decisivo crear una ética profesional que evitara el ejercicio de la función judicial

[45] Cf. sobre la Paz Territorial de Maguncia, entre otros, Becker, en *NJW* 1995, p. 2077.

por personas que no reconocieran la ética de su cuerpo profesional y que no hicieran suya la lealtad hacia el Estado democrático.[46]

A partir de este razonamiento se integró por primera vez a una Constitución alemana una sección titulada "El Poder Judicial". De esta forma no solo se quería dejar constancia de la importancia del papel que le cabe, conjuntamente con los poderes Legislativo y Ejecutivo, al Poder Judicial como tercer pilar del sistema de separación de poderes, sino que se establecieron también las condiciones generales para la definición de la condición de juez.

El artículo 92 de la Ley Fundamental confía el Poder Judicial a los jueces. De esta forma no solo se destaca el carácter esencialmente distinto de la relación de servicio del juez respecto del funcionario público. El artículo 92 de la Ley Fundamental, al expresar que el Poder Judicial es confiado a los jueces, estipula que una parte de la soberanía del Estado sea entregada en administración a personalidades que cumplen la función de juez. Lo que se propone y pretende es el ejercicio responsable y a conciencia del Poder Judicial, a diferencia del ejercicio del poder personal.[47] De esta forma la Ley Fundamental no se limita a subordinar los jueces a la ley, sino que los sujeta también al mandato de su conciencia, su imparcialidad y su neutralidad. De ahí surge la obligación de los jueces de actuar de forma respetable y confiable.

Más adelante, el artículo 97 de la Ley Fundamental estipula que los jueces sean independientes y sometidos únicamente a la ley. La independencia judicial es fundamental para la condición de los jueces,[48] pero no constituye un fin en sí mismo ni un privilegio. Por el contrario, tiene el carácter de una obligación, cuyo cumplimiento a veces puede resultar difícil. La independencia judicial debe contribuir a que los jueces puedan ejercer el Poder Judicial que les fue conferido, a la vez de facilitarles el ejercicio de la función de juez.

4.2. Estándares internacionales

La ética profesional y judicial y la discusión, desde una perspectiva constructiva, sobre la actuación de los jueces están actualmente en el centro del debate en muchas partes del mundo. La comunidad internacional ve con buenos ojos la codificación de tales estándares. Ya en 1985 la Organización de las Naciones Unidas (ONU) publicó un documento titulado *Principios básicos de la independencia de la judicatura*[49] que formuló los primeros estándares universales, aunque todavía muy generales, relativos a la actuación de los jueces. Quince años más tarde la ONU creó un grupo de trabajo conformado por presidentes de tribunales de varios países que preparó los importantes

[46] Cf. *Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, [Consejo Parlamentario 1948-1949, Actas y protocolos],* tomo 14, Comisión Central Parte 1, 24.ª Sesión*]*, p. 719 ss.

[47] Sobre el carácter legal especial de la posición de confianza del juez, cf. Kirchhof, en *NJW* 1986, pp. 2275 ss.

[48] Classen, en v. Mangoldt, Klein y Starck: o. cit., artículo 97, nm 1 ss.

[49] Texto tomado de UN Doc. A/Conf 121/22/Rev. 1; Resoluciones: UN Doc. 40/146, 1985; UN Doc. 41/149, 1986; cf. también Gane y Mackarel (comps.): *Human Rights and the Administration of Justice: International Instruments*, 1997, pp. 381 ss.

Principios de Bangalore sobre la conducta judicial,[50] llamados así por la ciudad en que se celebró la primera reunión, en el año 2002.[51]

Los mencionados principios definen criterios éticos para la actuación de los jueces. El documento registra seis valores éticos fundamentales —independencia, imparcialidad, integridad, decencia, trato igualitario y competencia/dedicación—, describe su significado material y comenta exhaustivamente cuál sería el comportamiento que se debe esperar de los destinatarios de la norma a la hora de aplicar un valor. Así, el capítulo con el título "Decencia" da 16 instrucciones de actuación relativas a cuestiones tales como si un juez puede aceptar regalos y hasta qué punto, si puede dar conferencias públicas, afiliarse a asociaciones de jueces o mantener contactos privados con abogados.

La introducción de estándares éticos se promueve también a escala regional. En los Estados Unidos se dictaron códigos de conducta, mientras en Europa el Consejo de Europa asumió un papel protagónico al publicar por primera vez en 1994 una recomendación a sus estados miembros sobre la independencia, la eficiencia y el papel de los jueces. Esta sirvió como base para la *Carta europea sobre el estatuto del juez,* preparada por las uniones europeas de magistrados y adoptada en 1998.[52] Comprende un catálogo de disposiciones que deberían garantizar la competencia, la independencia y la imparcialidad que "toda persona espera legítimamente de los tribunales de justicia y de cada uno de los jueces en que ha confiado la protección de sus derechos".

5. Conclusión

Las consideraciones expuestas demuestran que los tribunales constitucionales disponen de múltiples posibilidades para ejercer su influencia político-constitucional con la ayuda de su jurisprudencia. Tanto en Alemania como en otros países se discuten múltiples opciones acerca de cómo limitar el poder del Tribunal Constitucional Federal respecto del Parlamento, el órgano encargado de la legislación. En última instancia, los límites de la influencia político-constitucional del Tribunal Constitucional Federal sobre la política solo podrán ser deducidos de la propia Ley Fundamental. Sin embargo, su definición es tarea del Tribunal Constitucional Federal. Por esta razón existe siempre el peligro de la extralimitación y la injerencia indebida del Tribunal Constitucional en la estructuración de las políticas.

En última instancia, los magistrados integrantes de los tribunales constitucionales solo podrán contrarrestar esta tendencia mediante el estricto apego a la Constitución y

[50] Pueden verse en ‹www.unodc.org/pdf/crime/corruption/ judicial_group/Bangalore_principles.pdf›.

[51] Los *Bangalore Principles of Judicial Conduct* fueron recomendados por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU (resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2003/43) y aprobados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Ecosoc) como recomendación a todos los estados miembros (Ecosoc Resolution 2007/22).

[52] Cf. al respecto Oberto, en *ZRP* 2004, p. 207; desde una perspectiva crítica, Wittreck: *Die Verwaltung der Dritten Gewalt [La administración del tercer poder]*, pp. 218 ss.F

la fundamentación racional de sus decisiones, confirmando además la confianza en lo correcto de su jurisprudencia mediante una actuación intachable. Los estándares relativos a la actuación judicial, tanto nacionales como internacionales, deben ser respetados para reconfirmar la confianza de los ciudadanos en la independencia de la justicia. Solo el estricto cumplimiento de los principios éticos de la jurisdicción permiten al tribunal constitucional el uso irrestricto de sus competencias sin tener que autolimitarse. Y solo por medio del respeto por los principios de la independencia, la imparcialidad, la integridad, la decencia, el trato igualitario y la competencia/dedicación los jueces constitucionales tendrán la posibilidad de defender al máximo los derechos humanos en sus países.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, PP 503-525, ISSN 1510-4974

Ruitemberg Nunes Pereira (Brasil)*

Pluralizando as cortes superiores no Brasil: a proposta do mandato para juízes

RESUMO

Deveria definir-se um mandato *(term of office)* para os juízes dos tribunais superiores brasileiros? Qual deveria ser a limitação temporal ideal destes mandatos? A resposta a estas perguntas envolve uma série de variáveis. Neste estudo, propomo-nos introduzir alguns elementos teóricos e empíricos que permitam um debate mais aprofundado da possível relação entre a figura do mandato judicial e a necessidade democrática de pluralização e politização em sentido mais amplo dos Tribunais Superiores, para o que buscaremos os subsídios do direito comparado, especialmente no contexto dos países latino-americanos.

Palavras-chave: tribunais constitucionais, democracia, administração de justiça, exercício profissional, Constituição política, direito comparado, Brasil.

ZUSAMENFASSUNG

Sollte für die Richter an den brasilianischen obersten Gerichten eine Mandatsdauer *(term of office)* festgelegt werden? Was wäre die ideale Befristung dieser Mandate? Bei der Beantwortung dieser Fragen sind mehrere Variabeln zu berücksichtigen. Diese Untersuchung möchte einige theoretische und empirische Elemente einführen, die zu einer Vertiefung der Debatte über die mögliche Beziehung zwischen der Figur des richterlichen Mandats und der demokratischen Notwendigkeit einer Pluralisierung und Politisierung der obersten Gerichte im weitesten Sinn beitragen könnten, wozu aus rechtsvergleichender Sicht vor allem Beispiele aus dem lateinamerikanischen Raum herangezogen werden.

Schlagwörter: Verfassungsgerichte, Demokratie, Ausübung der Rechtsprechung, Berufsausübung, Verfassung, Rechtsvergleichung, Brasilien.

ABSTRACT

There must be a term of office for the judges of the superior courts in Brazil? In this case, what should be the term limits? The answer to these questions involve a range of variables. In this study, we intend to introduce

---

* Doutorando em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília/Brasil (UNICEUB/DF), Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (UNB/DF), Juiz de Direito Substituto do Distrito Federal e Professor de Direito Constitucional. ‹ruitemberg.pereira@gmail.com›

some theoretical and empirical elements that permit a deeper debate about the possible relationship between the institution of the judicial mandate and the democratic need for pluralization and politicization in a broader sense of the Superior Courts, for which an intent we will look for the subsidies of the comparative Law, especially in the context of Latin America.

Keywords: constitutional courts, democracy, administration of justice, professional practice, political Constitution, comparative law, Brazil.

> A 'objetividade' do mundo significa que este mundo é 'dado' para nós como um mundo 'idêntico para todos'. (Habermas)

1. Introdução

O Congresso Nacional do Brasil está apreciando proposta de emenda à Constituição (PEC) que visa à ampliação da idade-limite para aposentadoria compulsória dos ministros dos Tribunais Superiores (dentre outros), estendendo-a dos atuais 70 para 75 anos de idade (PEC nº. 42/2003 – Senado Federal; PEC 457/2005 – Câmara dos Deputados), com o que se pretende consolidar o modelo da fixação do tempo de ofício judicial com base apenas no critério da idade do juiz. Tal proposta contribui para a pluralização democrática do Judiciário nacional?

Refletindo sobre este problema em termos de direito comparado, constata-se que a análise dos modos de organização dos tribunais superiores em países da Europa e da América latina indica uma preferência e até mesmo uma tendência a se adotar um modelo de restrição do tempo de atuação funcional dos juízes que atuam naquelas cortes fundamentado no critério do tempo de ofício e não com base no critério etário, modelo que denominaremos de *modelo do mandato* e que sugere uma perspectiva diversa da submetida à apreciação no Congresso Nacional brasileiro. Qual dos dois modelos ora selecionados se mostra mais adequado à perspectiva da democratização dos tribunais superiores no cenário brasileiro?

A demanda por uma democratização da Justiça parece estar baseada no fato de que o Judiciário, de um modo geral, não somente no Brasil mas em todo o mundo, ampliou significativamente as suas competências, passando a decidir questões cuja análise era antes reservada apenas aos demais poderes públicos ou à estrita esfera de atuação da sociedade privada, e vem ampliando suas potencialidades no contexto da mundialização e do denominado diálogo transjudicial (transjudicialismo ou "comércio entre juízes"), envolvendo juízes e cortes dos mais diversos países. Desse modo, o protagonismo social do Judiciário e o seu consequente expansionismo político parece ensejar simultaneamente uma demanda por maior participação da sociedade política em seus quadros e nas suas estruturas de atuação burocrática.

Democratizar a Justiça exige um esforço de *politização interna* e de pluralização no campo das ideologias cultivadas na comunidade, cujas portas nos abrem horizontes para um acesso mais plural e diversificado, não apenas *ao* judiciário, como agente político, mas *no* judiciário, enquanto estrutura burocrática. Parece exigível que esse esforço de politização interna e de pluralização de ideias deva ser ainda maior no âmbito dos tribunais superiores, não apenas porque nestes o acesso dos juízes se dá tradicionalmente pelo rito da escolha aristocrática e é, portanto, qualificado politicamente, mas também porque as suas decisões promovem impactos sociais e políticos de maior expressão e abrangência, tanto para a sociedade política como para a sociedade civil.

No contexto da reorganização desta Justiça moderna, em franca expansão funcional, à qual se incumbem novas tarefas, novos desafios e portanto mais poder político de interferência nos destinos da comunidade e nas relações sociais desenvolvidas nos mais diversos quadrantes, deve-se consagrar a experiência e os conhecimentos representados nas biografias pessoais dos seus membros, ampliando-lhes o tempo de atuação funcional, ou se deve seguir o caminho das incertezas inevitáveis e necessárias de um modelo de permanente recomposição pluralista das cortes superiores, que limite o tempo daquelas biografias em prol de sua continuada renovação?

Propomo-nos a examinar essas questões no presente trabalho, desenvolvendo as premissas do pluralismo político como pano de fundo teórico para a análise dos possíveis impactos de ambos os modelos de fixação do tempo de atuação funcional dos juízes das cortes superiores do Brasil. Para tanto buscaremos subsídios nos modelos de organização judiciária adotados nos países europeus e latino-americanos, em relação à limitação temporal do tempo funcionais dos juízes dos tribunais constitucionais e cortes supremas, no intuito de pôr em debate os possíveis efeitos democratizantes (pluralizantes) do modelo de mandato funcional para juízes.

2. Pluralismo e reconhecimento radical

Ao princípio do *pluralismo político* associam-se geralmente três ideias fundamentais: (1) o *fato* de que vivemos uma *sociedade complexa,* multipolar e desenraizada das tradições; (2) a *preferência* por uma forma de organização política que permite aos vários grupos ou camadas sociais a abertura de múltiplas vias de acesso à *expressão política* e à participação direta ou indireta da sociedade civil na formação da vontade coletiva; (3) a *rejeição* a toda e qualquer forma de despotismo ou *totalitarismo.*[1]

O primeiro e o segundo aspectos — a complexidade da sociedade atual e a obrigação de se abrirem oportunidades amplas de participação política às variegadas camadas sociais — têm um forte traço ético, pois permitem reconhecer que a sociedade atual (moderna, pós-moderna, hipermoderna ou outro adereço que se lhe queira pôr), diferentemente das sociedades tradicionais (pré-modernas), não mais se legitima a

[1] Bobbio (1990, p. 16).

partir de um princípio fundamental e ontológico dotado de ampla objetividade ou transitividade comunicativa.

Na modernidade, a sociedade vive uma ética de qualificação não-fundacionalista (*non-foundationalist*), desprovida de fundamentos ou princípios substanciais *a priori*, de maneira que a forma de agir do homem moderno não mais encontra o seu imperativo no transcendental mundo das ideias. Na modernidade, a razão humana se *destranscendentalizou*, indexou-se à ordem terrena, mundana, desenraizada de valores de fundamentação última. Com isso se modifica o próprio conceito de *homem*, que de sujeito unimodal ou metafísico se transforma em um ser complexo, multifacetado e concreto.

Para além dos limites da cultura e da antropologia, a complexidade do homem e da sociedade avança os seus efeitos também sobre as ciências sociais e sobre a política, mantendo, sem embargo, a observância do princípio do pluralismo como forma de suprir o *déficit* deixado pelo natural abandono das nossas certezas epistemológicas fundacionalistas, segundo o modelo cartesiano de reflexão filosófica.[2] Assim, à complexidade hipermoderna associa-se uma salutar conflitualidade interna e insuperável à ciência (do Direito inclusive), o que permite a evolução derivada da superação dos seus paradigmas científicos.

Firmados na ideia de pluralismo político, pensado como um exercício ético do pensar a complexidade social, a proposta de emenda constitucional que examinamos parece operar uma inversão rumo ao passado, porque subestima o papel político da biografia jurídico-constitucional dos juízes das cortes superiores, apesar de superestimar o seu papel técnico-jurídico.[3] Revela-se antimoderna na medida em que faz prevalecer os interesses de uma elite identificada que pretende ampliar e consolidar as suas esferas de poder político, aproveitando e distorcendo ideologicamente o fenômeno sociológico do expansionismo judicial, e adiar as renovações políticas e ideológicas próprias das substituições das biografias individuais que atuam nas cortes superiores brasileiras.[4]

---

[2] Neste contexto, "o processo de imposição de um novo paradigma é um processo de negociação entre os diferentes grupos de cientistas. É necessário estudar as relações dentro dos grupos e entre os grupos, sobretudo as relações de autoridade (científica e outra) e de dependência. É necessário também estudar a comunidade científica em que se integram esses diferentes grupos, o processo de formação profissional dos cientistas, o treinamento, a socialização no seio da profissão, a organização do trabalho científico, etc." (SANTOS, 1989, p.135).

[3] Peter Häberle (2002, p. 93) chama a atenção para este aspecto da relevância política da "biografia jurídico-constitucional" dos juízes no exercício da interpretação constitucional, e portanto para a necessidade de a organização estatal possuir vias renovadas de acesso que estabeleçam um diálogo entre a cidadania e os meios institucionalizados de poder políticos, como forma de promover a alternatividade de poder, o que justifica em última instância o apreço pela ideia mais geral da tolerância e do reconhecimento do outro como sujeito passível de integrar-se ao âmbito do político onde são tomadas as decisões relevantes para a comunidade, e não como o "estranho" aos processos políticos decisionais.

[4] O argumento constou do parecer aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado: "No mérito, estão mantidas as razões que justificam o acolhimento da proposta, porque, como bem assinalam os seus subscritores, o fato de alguém contar setenta anos de idade não constitui, por si só, fator impeditivo ao bom desempenho de qualquer atividade laborativa. O nosso cotidiano está cada dia mais rico de exemplos de cidadãos que, muitos anos após completarem a idade limite em questão, continuam em perfeitas condições de higidez física

A proposta de modificação constitucional, desse modo, exclui os horizontes de participação de toda uma ampla complexidade social política (a magistratura, a advocacia, os membros do Ministério Público, os defensores públicos, etc.) que poderia ter acesso às cortes superiores, notadamente ao Supremo Tribunal Federal, e que assim poderia contribuir para a formação das decisões políticas que essas cortes têm adotado nos últimos tempos, renovando as ideias próprias das biografias individuais atuantes do poder político reconhecido àquelas cortes.

A única face da proposta que se torna pública é ideológica, por sustentar que seria um desperdício para a sociedade brasileira privá-la das experiências e dos conhecimentos acumulados pelos magistrados ao longo dos seus 70 anos de vida. Aí reside o sentido ideológico da proposta de emenda, na versão gnosiológica do conceito de *ideologia*.[5] Desvelado o sentido ideológico, há de se perceber que a proposta atende somente a um grupo específico de agentes públicos que se acostumou ao exercício do poder jurisdicional, e não à comunidade política nacional, notadamente a dos formadores da opinião jurídica, em relação à qual, em verdade, os seus efeitos são profundamente perniciosos, porque, ao invés de ampliar as vias de acesso de novas ideologias, fecha-lhes as portas por um período que pode ser consideravelmente longo.

A análise da proposta de alteração constitucional em comento exige uma reflexão crítica, que permita a substituição da ideologia como falsa consciência pela ideologia em sentido positivo de conjunto de ideias que formam as nossas utopias comunitárias. O que está em jogo, portanto, é uma desconstrução do simbolismo ideológico inerente à proposta examinada pelo Congresso brasileiro, que, a pretexto de contribuir para a estabilidade do pensamento jurídico e para o interesse público, com a manutenção de determinados indivíduos qualificados em suas posições importantes de poder, restringe a possibilidade de uma renovação mais acelerada das ideias jurídicas e políticas no cenário de atuação das cortes superiores, como exige a retórica do pluralismo político.

Além da nuança ideológica, a proposta de emenda foi concebida a partir de um argumento estratégico, por meio do qual se visa a estabelecer o fechamento do círculo de intérpretes e de interlocutores em torno de biografias individuais, no contexto dos discursos jurídicos desenvolvidos nos tribunais superiores. Tal perspectiva contraria um dos elementos essenciais da democracia, qual seja: a do valor da participação plural da sociedade política na formação das deliberações institucionais em todas as instâncias políticas.[6]

---

e mental e, portanto, com plena capacidade de permanecerem emprestando sua relevante colaboração ao serviço público e à sociedade." (Parecer Senado Federal n. 1.530/2005)

[5] "A ideologia consiste em uma forma de ocultamento no qual os intereses e preferências próprios de um grupo social se disfarçam, fazendo-se passar por intereses e valores universais, e assim se tornam aceitáveis por todos. Na linguagem ordinária se emprega continuamente este sentido; por exemplo, se chamamos de ideológica uma concepção moral que queiram nos impor, quando nos parece, em verdade, atender a preconceitos e preferências limitados a um grupo ou a uma época." (Villorio, 1985, p. 18) [tradução livre]

[6] "Pluralismo evoca positivamente um estado de coisas no qual não existe um poder monolítico e no qual, pelo contrário, havendo muitos centros de poder bem distribuídos territorial e funcionalmente, o indivíduo tem a máxima possibilidade de participar na formação das deliberações que lhe dizem respeito, o que é a quintessência da democracia."(Bobbio, op. *cit.* p. 22).

No plano prático, a proposta de emenda produz um efeito semelhante ao da reeleição subsequente para os cargos de Chefia do Poder Executivo nas três esferas federativas de governo, porquanto são medidas que implicam uma espécie de traição por parte das elites políticas presentes para com as gerações futuras, na medida em que lhes restringem o acesso à participação política e portanto diminuem as possibilidades de pluralização política. Assim, a proposição legislativa descura do fato de que a Constituição é um instrumento normativo aberto para o futuro, e que as futuras gerações têm o direito a participar da atividade política desenvolvida pelos Tribunais, da forma mais plural e renovada possível.

Um dos grandes paradoxos da democracia consiste em estabelecer consensos sobre o justo equilíbrio entre unidade e pluralismo, entre particulares e universais, entre o todo complexo e suas partes, em indexar à realidade concreta a transcendência dos valores plurais da comunidade política.[7] Esta constante tensão sugere que a democracia pressupõe certos riscos insuperáveis com os quais devemos nos acostumar a lidar, sem a pretensão ingênua de querermos resolvê-los em definitivo, notadamente quando a solução proposta fica sujeita apenas à autoridade de determinadas biografias individuais concebidas como sujeitos morais por excelência.

O grande desafio social da modernidade consiste no "como" ordenar a pluralidade social em contínuo processo de contínua diferenciação, organizando a complexidade social, e não no como produzir uma falsa unidade, a partir da redução ideológica da incontornável complexidade social. A *morte* da democracia será decretada se e quando, do ponto de vista político, não mais se alimentarem as perspectivas do surpreender-se, do submeter-se ao novo, do lançar-se aos novos desafios do desconhecido e das incertezas inevitáveis, preferindo-se o apegar-se a verdades absolutas e experiências conhecidas. Deixaremos de ser democráticos quando abandonarmos a obrigação da contínua revisão de nossas tradições e de nossas verdades, suprimindo as possibilidades de adaptação aos novos tempos que se sucedem. O ser moderno, antes de tudo, é um modo de vida que não se contenta com o passado, mas analisa criticamente o passado para refletir o futuro e torná-lo possível no presente.

O conservadorismo do passado não é um valor democrático moderno. A democracia não é feita de tradicionalismos. Não se coaduna com a hipostasia ideológica da noção de otimização da segurança jurídica. É próprio do regime democrático determinado nível básico de insegurança e de incerteza, que deflui do risco que lhe é inerente, o risco do respeito e da intangibilidade do argumento novo e desconhecido, cuja reconstrução somente a democracia pode propiciar, porque pressupõe a criação de vias abertas para que o argumento novo se possa revelar. Este é o preço que devemos pagar para demonstrar o nosso afeto pela comunidade da *diferença*, que há de nos

---

[7] A expressão *indexação da transcendência* encontra-se em Dworkin (1993, p. 104), quando este trata da tensão entre os valores justiça e virtude, ou da tensão entre ética e moral. Disse Dworkin que os nossos valores morais, que norteiam o nosso conceito particular ou pessoal de vida boa, não são totalmente *transcendentes*, isto é, que os elementos de uma vida boa particular não são sempre os mesmos em todos os lugares. Ao contrário, são valores *indexados*, colados: a uma determinada cultura e dependentes de uma forma de vida comunitária, às circunstâncias e contingências concretas, e à distribuição específica de recursos pessoais e impessoais básicos.

transportar para além da comunidade da *igualdade*, no rumo necessário do reconhecimento do outro (*alter*). Pluralismo democrático é princípio que se não contenta com a igualdade pura e simples. Pugna pelo respeito às *diferenças* individuais, no seu sentido mais profundo. Do contrário, um pluralismo sem um liberalismo radical transforma-se no reconhecimento insincero do outro, que se traduz em indiferença sob a falsa ideia de tolerância.[8]

O reconhecimento que se quer é o que vê no outro a possibilidade do negar-se a si próprio para que o outro possa assumir o nosso lugar. É a possibilidade de um recusar-se a si mesmo para que o outro seja acolhido como igual a nós. Somente o hiper-reconhecimento da igualdade do outro como ser possível de assumir o meu lugar constitui o reconhecimento verdadeiro e sincero compatível com a ideia de pluralidade radical.[9] O sentido ideológico da proposta reside também no fato de ignorar amplamente que no *mundo exterior* à atuação política das Cortes Superiores também há biografias individuais capazes de suprirem a ausência da biografia individual que se encerra, cujo tempo de atuação se expira. Aqui se configura o pecado da falta de reconhecimento autêntico do *outro* que habita esse mundo exterior à sociedade de corte, a ampla comunidade de juristas nacionais, privando-lhes o acesso à esfera de atuação pública e reputando-os menos capacitados do que as biografias individuais que ilustram as Cortes. O *hiper-reconhecimento* da diversidade é assim vencido pelo *hipernarcisismo* de uma aristocracia que não aprendeu o preceito ético da capacidade de se auto-recusar e que vive a "política da evitação das discrepâncias".

3. Pluralismo como imperativo de politização do judiciário

A proposta de reforma constitucional que pretende ampliar o tempo funcional dos juízes dos tribunais superiores contraria o imperativo da democratização/pluralização do Judiciário, que pugna, dentre outros, pela ampliação da sociedade de intérpretes da constitucionalidade abrangente e pela dissociação dos planos (1) da *racionalidade instrumental* (a ainda-habilidade dos intérpretes tradicionais, na cada vez mais delegada tarefa de dar cabo de relações jurídico-processuais substancialmente complexas)

---

[8] Cortina (2005, p. 160) desenvolve o conceito de *liberalismo radical*, ampliando os horizontes da autonomia, que propicia uma maior e mais diversificada participação de várias formas de vida no âmbito do Estado: "... entendo que a forma ética própria do Estado deveria ser a de um 'liberalismo radical', disposto a defender a autonomia dos cidadãos como irrenunciável para uma convivência pluralista. Se os sujeitos têm de escolher sua identidade e negociá-la, o Estado deve optar por aquela forma que permita a coexistência do número mais amplo de formas de vida, como é o caso da defesa da autonomia, a partir da qual uma pessoa adulta pode escolher também uma forma de vida diferente, desde que a opção por ela não seja irreversível." Embora voltadas para a discussão do multiculturalismo, a análise de Taylor (1994, p. 84 *et seq.*) também constitui um liberalismo radical.

[9] Lipovetsky cunhou a expressão *hipermodernidade* como princípio do *hiper-reconhecimento*, "que traz uma ampliação do ideal do igual respeito, de um desejo de hiper-reconhecimento que, recusando todas as formas de desdém, de depreciação, de inferiorização do eu, exige o reconhecimento do outro como igual na diferença." (2004, p. 95-96). Hiper-reconhecimento, portanto, é o modo de afastar a "política de evitação das discrepâncias", de que fala Cortina (2005, p. 159).

— e (2) *das identidades culturais*, que evidenciam que a democracia não é nem deve ser sinônimo de *estabilidade*, de certezas absolutas, mas de *equilíbrio* razoável no contexto das instabilidades inerentes e insolúveis da sociedade moderna.[10]

Neste cenário, os riscos da co-natural instabilidade da democracia pluralista não se resolvem pela dominação de uma camada social sobre outra, que pela linguagem da ideologia gnosiológica pretendem manter a economia de trocas simbólicas de dominação política. Também não se revela convincente o simples argumento da maioria, mas o argumento de que há minorias e que as vias democráticas de acesso aos mecanismos institucionalizados de poder político necessitam estar abertas de tal maneira que permitam que essas minorias possam transformar-se em maiorias ou ter a possibilidade de atuar no cenário político.

Os riscos democráticos não existem para serem "resolvidos", mas para serem "vividos", num contínuo processo de desconstrução e reconstrução, porque sua aniquilação, além de impossível, importa a supressão da própria democracia. Não se admite a aniquilação da sociedade política "ex-orbitante" (que orbita fora do mundo interno da esfera pública privatizada pelas biografias individuais), ainda que por um período. É necessário o reconhecimento radical dos seus elementos concretos.

O que se exige é uma maior integração do processo político desenvolvido pelas cortes superiores, como a *face-outra* da judicialização das questões políticas. O judiciário que se protagonizou como agente sócio-político precisa politizar-se e dialogar abertamente com a cidadania, sob pena de traduzir-se em uma verdadeira "refeudalização" do Estado por grupos que atuam em oposição à ideia da sociedade aberta política.[11] O protagonismo político do Poder Judiciário na pós-modernidade, em proporção inversa ao enfraquecimento dos demais poderes do Estado, corresponde ao fenômeno que se convencionou denominar, em sentido mais amplo, de *judicialização da política*. A ascensão política do Judiciário deriva de fatores como: a) o enfraquecimento do Estado pelo mercado globalizado; b) o desmoronamento do *homem democrático*, que, após perder suas referências morais universais, reclama as diretrizes de uma autoridade moral institucionalizada; c) o descrédito na lei, por causa de sua incompletude, de suas incertezas e da inaptidão para lidar com a diversidade axiológica de uma sociedade que se descobriu plural.

Não se trata de uma simples transferência da morada do *soberano,* nem de uma rivalidade entre poderes; não se cuida da desgastada figura do *ativismo judicial* (*Government by Judiciary)*; trata-se da "transformação do papel do juiz correspondente à transformação da própria democracia."[12] A partir das reflexões de Hannah Arendt sobre o conceito de *autoridade*, as causas do protagonismo judicial na pós-modernidade

---

[10] Sobre o tema, cf. Touraine (1994, p. 179).

[11] Sobre o tema da judicialização da política e a politização da justiça, Santos (2001, p. 172-173), Sadek (2006, p. 11), Arnaud; Junqueira (2006, p. 263), Tate; Vallinder (1995, p. 28), Shapiro; Sweet (2002, p. 22). Falando sobre os limites do pluralismo, que se restringem basicamente à ideia do pluralismo e portanto da antidemocracia, Häberle (2002, p. 151) destaca a necessidade de atentar para os "perigos" decorrentes da atuação política de determinados grupos intermediários que pretendam "refeudalizar" o Estado.

[12] Garapon (1996, p. 43;47).

poderiam ser resumidas no esmaecimento das tradições e da religião, fato que estabelece a necessidade de uma autoridade capaz de recompor o ato de fundação da sociedade, instituindo uma nova teologia política (*re-ligare, religião*). A palavra e o conceito de *autoridade* têm origem romana. Em Roma, a *autoridade* se baseava no respeito ao momento de fundação da cidade romana. A palavra *auctoritas* deriva de *augere*, que significa *aumentar*.

Viver o *político* significa *ampliar* retrospectivamente o momento de fundação. Na modernidade, esse momento de fundação pode ser associado ao surgimento do Estado Constitucional, fruto da Revolução Americana, *occasio* em que se pôde, pela primeira vez, conferir *autoridade política* ao Judiciário. Dessa forma, essa *autoridade* decorre do contínuo resgate político desse momento fundacional, representado no pacto constitucional. Neste cenário, Constituição e autoridade se entrecruzam.[13]

Disso exsurge o *paradoxo do Judiciário*, segundo o qual a independência judicial decorre do fortalecimento das normas constitucionais, mas sua expansão se assenta no descrédito na ideia tradicional das normas gerais e na assunção da função de arbitrar os conflitos que derivam dessas normas e de estabelecer o respeito a esse mesmo sistema.[14] Os novos atores políticos do Estado pós-moderno vêem na Justiça um instrumento da sociedade, um agente político a seu serviço, de forma que o reconhecimento de sua independência é também uma forma de contrapoder da própria sociedade, em face das inefetividades do Estado-Legislador e da crise da democracia representativa.[15]

O Judiciário se torna um *parceiro da sociedade política* e o instrumento do *autogoverno popular*, inserido numa *democracia de caráter experimentalista* (pragmática), respaldado por um amplo apoio popular e apto a romper obstáculos arraigados no sistema político, tais como os vícios das práticas eleitorais.[16] O problema que se coloca, contudo, diante dessa expansão do Judiciário, é o da tensão entre sua independência institucional e suas responsabilidades funcionais.[17]

Neste contexto, reconhecido o caráter político da Instituição Judicial, sobretudo em sua atuação nos tribunais superiores, é necessário trabalhar o lado reverso da moeda, ou seja: é preciso discutir a *politização* da Justiça, assim compreendido o fenômeno da ampliação do acesso social às formas, à composição, aos procedimentos, aos discursos e às verdades discursivas publicizadas pelos Tribunais. O poder técnico e tradicional precisa ser revolucionado em termos democráticos.[18] E essa integração passa, em primeiro lugar, pela articulação das cúpulas judiciárias com os demais atores políticos que integram o próprio sistema jurídico.

Sob o enfoque da proposta de alteração constitucional que examinamos, tal politização necessária da Justiça não se mostra possível. A *politização* do Judiciário pressupõe pluralismo político, seja como imperativo ético de renovação das biografias

---

13 Arendt (2002, p. 185).
14 Sadek (1997).
15 Campilongo (2005, p. 34).
16 Unger (2004, p. 146-147).
17 Faria (1996, p. 72).
18 Santos (2007, p. 33) apresenta uma proposta desta revolução democrática da justiça.

individuais e de suas ideologias, ante o acesso das camadas sociais à formação das decisões políticas dos Tribunais, seja como rejeição da ideia de um círculo fechado de intérpretes constitucionais experientes e autorizados. Assim se afirma o verdadeiro sentido do *político* nos tribunais, como espaço público em que devem conviver harmoniosamente as diferenças e a pluralidade dos homens.[19]

4. O mandato para juízes como forma de pluralização das cortes superiores: uma abordagem comparada

A *democracia como ideia* está intrinsecamente ligada à noção formalista do governo do *povo* como arquétipo da pluralidade social informe e igual.[20] O pluralismo, ao contrário, rejeita uma ênfase na perspectiva do povo como unidade ou mesmo na perspectiva da prevalência das biografias individuais, tudo em prol do intersubjetivo, do reconhecimento radical da diversidade e da democracia como substância. Na maioria dos países com forte consolidação democrática, e mesmo naqueles que adotaram o modelo puro de jurisdição constitucional de cortes constitucionais, é possível registrar uma tendência marcante: tais países estabeleceram limites temporais para o exercício do poder político irrogado aos membros dos tribunais superiores, *vis-à-vis* a forte conformação simbólica que as decisões proferidas por esses tribunais ostentam. Tal é o modelo que denominamos de modelo do *mandato funcional para juízes*, visto como um signo de pluralização político-democrática da Justiça.

O que sugere essa experiência comparada é a tendência no sentido de estabelecer mandatos funcionais fixos para a atuação dos juízes no âmbito das cortes constitucionais ou superiores em geral. A análise da regulamentação da forma de composição das mais destacadas cortes constitucionais europeias é bastante proveitosa nesse sentido. A Corte Constitucional da Áustria (*Der Österreichische Verfassungsgerichtshof*), nascida diretamente da inspiração de Kelsen, é o tribunal constitucional mais antigo do Mundo. Exsurgiu sob a expressa determinação do Artigo 88.1 da Constituição Federal Austríaca, de 1920, de que a sua Lei de Organização deveria estabelecer uma idade limite para a aposentadoria de seus membros.[21] Segundo a Lei da Corte Constitucional (*die Verfassungsgerichtsgesetz*), o Tribunal é composto de um Presidente, um Vice-Presidente, mais 12 (doze) membros permanentes e 6 (seis) membros suplentes, que devem exercer suas funções até 31 de dezembro do ano em que o Juiz completar os seus 70 (setenta anos de idade), julgando cerca de 3.000 (três mil) processos por ano.[22]

Na Corte Constitucional da Alemanha (*das Bundesverfassungsgericht*), "a média da idade é nitidamente menos elevada. De fato, cada juiz é eleito para um mandato de 12 anos, mas o limite da idade é fixado em 68 anos completos. O mandato não é renovável

---

[19] Arendt (1999, p. 21).

[20] Kelsen (2000, p. 36).

[21] Assim dispõe o Artigo citado: Lei Federal estabelecerá uma idade limite, a partir da qual os juízes serão incluídos em lista de aposentadoria). [Tradução livre]

[22] *Site* Oficial: http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/index.html. Acesso em 26/08/08.

e somente a assembleia plenária da Corte pode autorizar uma aposentadoria antecipada ou destituição em caso de faltas graves aos deveres ou de atos que acarretem uma pena privativa da liberdade de mais de seis meses."[23] Esse quadro se modificou um pouco, ao determinar a Lei do Tribunal Constitucional (*die Bundesverfassungsgerichtsgesetz*) que a idade máxima é, atualmente, atualmente de 65 (sessenta e cinco) anos, e 60 (sessenta) anos, no caso de invalidez.[24]

Na Espanha, o Tribunal Constitucional é composto por 12 (doze) ministros, com mandato fixo de 9 (nove) anos, sendo renovado em terça parte a cada 3 (três) anos (Capítulo II, Artigo 16.3, *Ley Organica del Tribunal Constitucional*). Na Itália, segundo o Artigo 35 da Constituição Italiana de 1948, a Corte Constitucional (*Corte Costituzionale*) é composta de 15 membros eleitos pelo Presidente da República, pelo Parlamento ou pelas magistraturas ordinárias ou administrativas, a saber: a *Corte di Cassazione*, o *Consiglio dello Stato* e a *Corte dei Conti*, para o cumprimento de mandato fixo e improrrogável também de 9 (nove) anos. O Texto Constitucional italiano previa, em sua redação original, mandato de 12 anos, que foi reduzido sensivelmente pela Reforma Constitucional ocorrida em 1967, para os atuais 9 anos de mandato. Também de 9 (nove) anos é o mandato funcional para juízes membros do Tribunal Constitucional de Portugal, como preconiza o Artigo 21 da Lei Orgânica do Tribunal (Lei nº 28/82), desautorizada a renovação. O mesmo se aplica à Corte Constitucional da Bulgária (Artigo 147, n. 2, da Constituição Búlgara).

O mandato funcional para juízes mais extenso identificado em nossa pesquisa corresponde ao atribuído aos 15 (quinze) membros da Corte Constitucional da República Tcheca (antiga Tchecoslováquia), que é de 10 (dez) anos, segundo dispõe o Artigo 84, n. 1, da Constituição de 1/2/2003. No cenário europeu, a Corte Constitucional da Bélgica constitui exceção, no que tange à regra do mandato funcional para juízes, porquanto seus 12 (doze) membros são empossados em caráter vitalício (*auf Lebenszeit*).[25] O mesmo acontece na Holanda, com a ressalva de que neste País não se admite o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis do Parlamento (Artigo 120 da Constituição Holandesa de 2002), o que diminui sobremaneira a sua atuação política. Em verdade, tais exceções são compreensíveis, dada a estrutura monárquica de ambos os países.

No âmbito dos países latino-americanos que adotam Cortes Constitucionais, a regra amplamente difundida também é a da fixação do *mandato funcional para juízes*, conforme se infere da análise da Tabela 1, destacando-se que somente o Equador autoriza a reeleição de juízes sem ressalvas:

---

[23] Favoreu (2004, p. 61).
[24] É o que diz o texto do §98 da Lei Fundamental Alemã (BVerfGG).
[25] *Site* oficial: http://www.const-court.be. Acesso em 26/8/2008.

Tabela 1.
Tribunais Constitucionais da América Latina: composição e mandatos para juízes

País	Número de membros	Mandato	Reeleição
Colômbia[1]	9 (nove)	8 (oito) anos	Não
Bolívia[2]	5 (cinco)	10 (dez) anos	Não
Chile[3]	10 (dez)	9 (nove) anos	Não
Equador[4]	9 (nove)	4 (quatro) anos	Sim
Peru[5]	7 (sete)	5 (cinco) anos	Não

Fontes diversas.

A adoção do *mandato funcional para juízes* não se restringe apenas às Cortes Constitucionais latino-americanas, porquanto a vasta maioria dos países latino-americanos que, mesmo não tendo adotado formalmente a estrutura de Tribunais Constitucionais (à semelhança do caso brasileiro, neste ponto), estabeleceram em suas Constituições mandato para os membros dos Tribunais Superiores, conforme demonstra a Tabela 2.

Tabela 2.
Tribunais Superiores latino-americanos que adotam mandatos para juízes

País	Tribunal	Número de membros	Mandato	Reeleição
Venezuela[6]	Tribunal Supremo de Justicia	31 (trinta e um)	12 (doze) anos	Não
México[7]	Suprema Corte de Justicia	11 (onze)	15 (quinze) anos	Não
Nicarágua[8]	Suprema Corte de Justicia	7 (sete)	6 (seis) anos	Não
República Dominicana[9]	Suprema Corte de Justicia	16 (dezesseis)	4 (quatro) anos	Não
Costa Rica[10]	Corte Suprema de Justicia	22 (vinte e dois)	8 (oito) anos	Sim
Paraguai[11]	Corte Suprema de Justicia	9 (nove)	5 (cinco) anos	Sim
Honduras[12]	Corte Suprema de Justicia	15 (quinze)	7 (sete) anos	Sim
Uruguai[13]	Suprema Corte de Justicia	5 (cinco)	10 (dez) anos	Sim
Colômbia[14]	Corte Suprema de Justicia	23 (vinte e três)	8 (oito) anos	Não
El Salvador[15]	Corte Suprema de Justicia	15 (quinze)	9 (nove) anos	Não

Fontes diversas.

Merece destacar-se na Tabela 2 a situação experimentada pela Costa Rica, que fixou para os membros da Suprema Corte o mandato de 8 (oito) anos, com a peculiaridade da renovação automática, salvo recusa de 2/3 (dois terços) dos membros do Parlamento, como dispõe o Artigo 158 da Constituição costa-riquenha. A mesma sistemática organizacional é seguida pelo Paraguai, que para todos os órgãos jurisdicionais, inclusive para os 9 (nove) membros da Suprema Corte, estabelece o mandato de 5 (cinco) anos. Também adota esse modelo, com adaptações, a Suprema Corte de

Honduras, para cujos membros, no total de 15 (quinze), o mandato é de 7 (sete) anos, com a possibilidade de reeleição não-automática, conforme autorização do Artigo 314 da Constituição hondurenha (1982). Ressalte-se que a Suprema Corte de Honduras possui uma seção especializada em matéria constitucional. Próximo ao modelo hondurenho encontra-se a organização da Suprema Corte do Uruguai, que, nos termos do Artigo 237 da Constituição de 1967, determina o mandato de 10 (dez) anos para os seus 5 (cinco) membros, mas admite a reeleição, desde que observado um interregno mínimo de 5 (cinco) anos após o término do mandato anterior.

Outro caso peculiar é o da Colômbia, que, embora possua tanto um Tribunal Constitucional quanto uma *Corte Suprema de Justicia*, estabeleceu, para ambos, *mandato funcional para juízes* de 8 (oito) anos, sem direito a reeleição, como preconiza o Artigo 233 da Constituição Política deste País. O mesmo sucede com a Corte Suprema de El Salvador, que dedica uma de suas 4 (quatro) turmas (Salas), composta de 5 (cinco) juízes, apenas para o contencioso constitucional, especialmente para o controle de constitucionalidade das leis, fixando, contudo, o mesmo mandato de 9 (nove) anos para todos os membros do Tribunal Pleno, composto de 15 (quinze) juízes.

Em outras experiências, quando não estabelecido mandato funcional para juízes, fixa-se de forma precisa a idade limite de atuação dos magistrados dos tribunais superiores, em patamar até inferior ao adotado no Brasil. A título de exemplo, na experiência organizacional da Suprema Corte de Antígua e Barbados (*Easter Caribbean Supreme Court*), que se compõe de uma *Court of Appeal* e uma *High Court of Justice*, a idade máxima em que o magistrado pode permanecer em atividade funcional é de 65 (sessenta e cinco) anos, no caso da Corte de Apelação, e de 62 (sessenta e dois) anos, no caso da Alta Corte de Justiça, podendo estender-se esses limites em, no máximo, 3 (três) anos, por decisão colegiada da *Judicial and Legal Services Commission* e dos Estados.[26] O mesmo ocorre no caso dos *Justices* que integram a Suprema Corte de Belize (em número de 3), os quais, conforme dispõe o Artigo 98 da Constituição de 1981, somente permanecem no cargo até a idade máxima de 62 (sessenta e dois anos).

Exceção de todos esses modelos organizacionais fica por conta da *Corte Suprema de Justicia* da Argentina, que segue o paradigma da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (USA), concedendo investidura vitalícia aos seus 7 (sete) Ministros. Segundo o Artigo 110 da Constituição Argentina de 1994, os magistrados da Corte Suprema "conservarão seus empregos enquanto durar a sua boa conduta." Fora do âmbito da América Latina, um exemplo interessante, porque marca uma tendência no sentido da limitação temporal do exercício do poder judicial, é encontrado no caso da organização da *Supreme Court* do Canadá. Na experiência canadense registra-se que o Artigo 99, n. 2, da Constituição de 1867 (*Constitution Act*) determina, na atualidade,

[26] "Um juiz da Corte de Apelações permanece em suas funções até que atinja a idade de sessenta e cinco anos; um juiz da Alta Corte, a idade de sessenta e dois anos. A Comissão de Serviços Jurídicos e Judiciais, agindo com a anuência dos Chefes de Governo de todos os Estados, pode permitir que um juiz continue em seu cargo por um período não superior a três anos." Disponível em http://eccourts.org/aboutecsc/appoint-of-jo.html. Acesso em 27/8/2008.

a idade máxima de 75 (setenta e cinco) anos para a aposentadoria dos 9 (nove) juízes que integram a Corte Suprema.

Ocorre que, em sua redação original, o dispositivo constitucional seguia o modelo que também se consagrou na Seção I do Artigo III da Constituição dos Estados Unidos, ambas estabelecendo a vitaliciedade dos magistrados sem limitação de idade ou, como dizem os textos normativos, "during good Behaviour". Isso demonstra que, ainda que seja elevada a idade em que o Ministro da Corte Suprema do Canadá possa permanecer em atividade, já se tem, não obstante, uma notável mitigação da vitaliciedade.

Por fim, apenas para registro, é oportuno salientar que, quando se faz a distinção entre Tribunais ordinários e Tribunais Superiores, notadamente o Supremo Tribunal Federal como autêntica Corte Constitucional, é ilustrativo citar o exemplo da Corte Constitucional da África do Sul, que, compreendendo a maior amplitude política da atuação desses tribunais mais elevados na taxinomia judiciária, fixa-lhes mandato, o que não ocorre para os juízes ordinários, como dispõe o Artigo 176 da Constituição da República Sul-africana de 1996.

5. A proposta do mandato funcional para juízes para as cortes superiores brasileiras

No cenário brasileiro, a aposentadoria compulsória dos magistrados foi instituída pela Constituição da República de 1934, fixada por este Texto Constitucional na idade-limite de 75 (setenta e cinco) anos, conforme o Artigo 64, alínea "a", ao passo que para os servidores públicos em geral essa idade era de 68 (sessenta e oito) anos de idade (Artigo 170, §3º). Deve-se dizer que foi o Texto da mais socializante das Constituições brasileiras até a Constituição de 1988, inspirada nos modelos constitucionais do México (1917), da antiga URSS (1918) e de Weimar (1919); também institui a própria aposentadoria dos agentes públicos, inovando em relação à Constituição de 1891, que somente a admitia em casos de invalidez "a serviço da Nação" (Artigo 75).

Na Constituição da República brasileira de 1937 (a merecidamente denominada "Constituição polaca", porque inspirada na Constituição totalitária do General polonês Joseph Pilsudsky, de 1935),[27] a aposentadoria assumiu um caráter sancionatório ou punitivo, porquanto somente se aplicava ao agente público "cujo afastamento se impuser, a juízo exclusivo do Governo, no interesse do serviço público ou por conveniência do regime." (Artigo 177). Não obstante, a Carta polaca manteve e consolidou a idade de 68 (sessenta e oito) anos para efeito de aposentadoria compulsória também para os magistrados, afastando a distinção existente no regime constitucional precedente em relação aos servidores públicos em geral, conforme dispôs o Artigo 91, alínea "a", do Texto Constitucional de 1937.

[27] Cerqueira (1997, p. 64 *et seq*).

Foi a Constituição da República brasileira de 1946 que estabeleceu, originalmente, a idade-limite de 70 (setenta) anos para a aposentadoria compulsória dos juízes (Artigo 95, §1º). Tal regra tem prevalecido em todas as demais Normas constitucionais brasileiras posteriores (CF/1967, Artigo 108, §1º; EC 1/69, Artigo 113, §1º; EC 7/77, Artigo 113, §1º; CF/88, Artigo 93, inciso VI, c/c Artigo 40). Desse modo, cumpre reconhecer que a proposta de emenda constitucional que pretende ampliar a idade-limite para aposentadoria compulsória de magistrados, além das inadequações constitucionais já identificadas, não acha conforto na nossa história constitucional, porquanto permite um regresso ao passado efêmero vivido à luz da Constituição de 1934, que teve vida curta, apresentando-se pois como uma inovação perniciosa aos valores democráticos que a República brasileira vem desejando construir ao longo de sua trajetória cheia de idas e vindas, na justa expressão do Professor José Murilo de Carvalho.

Outro aspecto importante nessa temática situa-se no fato de que, a despeito de uma precisa limitação temporal do exercício da magistratura, igualmente aplicável a todos os agentes públicos brasileiros, o tempo individualmente considerado de exercício do poder jurisdicional por um membro dos principais tribunais superiores é excessivo e incompatível com o princípio do pluralismo político. Se tomarmos em consideração o tempo de exercício da judicatura no âmbito do Supremo Tribunal Federal no período compreendido entre a data da republicação da Constituição de 1946 (DOU de 25/9/1946), a partir de quando se consolidou a aposentadoria compulsória dos magistrados em 70 (setenta) anos de idade, e o período próximo à data de publicação da Constituição de 1988 (5/10/1988) — desconsiderando-se, portanto, as investiduras mais recentes, constata-se que o tempo de exercício individual do poder jurisdicional é o que se retrata na seguinte tabela.

Tabela 3.
Ministros do Supremo Tribunal do Brasil
Tempo de permanência no cargo

Ministros	Posse	Aposentadoria	Tempo de permanência (em anos)
Adalício Coelho Nogueira	25/11/1965	24/02/1972	6,25
Aldir Guimarães Passarinho	02/09/1982	22/04/1991	8,64
Alfredo Buzaid	30/03/1982	20/07/1984	2,30
Aliomar de Andrade Baleeiro	25/11/1965	02/05/1975	9,43
Antônio Martins Vilas Boas	20/02/1957	15/11/1966	9,73
Antonio Neder	28/04/1971	10/06/1981	10,12
Candido Motta Filho	02/05/1956	13/09/1967	11,37
Carlos Alberto Madeira	19/09/1985	17/03/1990	4,49
Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto	04/07/1975	09/12/1981	6,43
Carlos Mário da Silva Velloso	13/06/1990	19/01/2006	15,61

Ministros	Posse	Aposentadoria	Tempo de permanência (em anos)
Carlos Thompson Flores	14/02/1968	27/01/1981	12,96
Clovis Ramalhete Maia	18/04/1981	25/02/1982	0,85
Djaci Alves Falcão	22/02/1967	26/01/1989	21,94
Eloy José da Rocha	15/09/1966	03/06/1977	10,72
Firmino Ferreira Paz	01/04/1982	17/07/1982	0,29
Ilmar Nascimento Galvão	26/06/1991	02/05/2003	11,85
João Baptista Cordeiro Guerra	26/07/1974	18/03/1986	11,65
José Carlos Moreira Alves	20/06/1975	19/04/2003	27,84
José Celso de Mello Filho*	17/08/1989	01/11/2015	26,22
José Néri da Silveira	01/09/1981	24/04/2002	20,65
Luiz Gallotti	22/09/1949	16/08/1974	24,91
Luiz Octavio Pires e Albuquerque Gallotti	20/11/1984	27/10/2000	15,94
Luiz Rafael Mayer	15/12/1978	14/03/1989	10,25
Marco Aurélio Mendes de Farias Mello*	13/06/1990	12/07/2016	26,09
Maurício José Corrêa	15/12/1994	09/05/2004	9,40
Moacyr Amaral Santos	18/10/1967	25/07/1972	4,77
Olavo Bilac Pinto	17/06/1970	09/02/1978	7,65
Oswaldo Trigueiro de Albuquerque Mello	25/11/1965	03/01/1975	9,11
Paulo Brossard de Souza Pinto	05/04/1989	24/10/1994	5,55
Pedro Rodovalho Marcondes Chaves	26/04/1961	05/06/1967	6,11
Sydney Sanches	31/08/1984	26/04/2003	18,66
Themistocles Brandão Cavalcanti	18/10/1967	14/10/1969	1,99

* Aposentadoria compulsória projetada.
Fonte: Supremo Tribunal Federal.

A partir dos dados da Tabela 3 apura-se que o tempo médio de permanência do Ministro do Supremo Tribunal no cargo, considerado o período definido, é de 11,5 anos, superior aos limites que vigoram predominantemente na América Latina e na Europa. Conclui-se que, a despeito da atual regra da aposentadoria compulsória aos 70 (setenta) anos de idade, a defesa em torno do *mandato funcional para juízes*, no patamar que geralmente tem sido estabelecido na Europa e na América Latina, ou seja, de 9 (nove) anos não fere o quadro atual referente ao tempo de permanência do magistrado no exercício do poder jurisdicional, pois a prática revela que o tempo de

permanência no cargo já é próximo ao que preconiza o mandato funcional para juízes, a despeito das regras que autorizariam uma permanência por mais tempo.

Outra conclusão possível é a de que a aprovação da proposta de emenda estudada no presente artigo aumenta consideravelmente o tempo médio de permanência funcional do magistrado da Corte Suprema brasileira, aliando-se a dois fatos constatados, a partir daqueles dados coletados: o de que em muitos casos o exercício do poder jurisdicional afeto à Suprema Corte já ultrapassa 2 (duas) décadas, e, aprovada a PEC, pelo menos em 2 (dois) casos atuais, projetada a aposentadoria compulsória, o exercício desse poder vai ultrapassar 3 (três) décadas de existência.

Nada a opor às biografias individuais, porém sim à sua institucionalização ideológica, o que se pretende demonstrado é que, do ponto de vista da arquitetura do sistema democrático e do princípio do pluralismo político que deve nortear todas as instâncias políticas do Estado, a possibilidade presente e a que se avizinha não podem ser toleradas. É incompatível com a perspectiva progressista de uma democracia que pretende evoluir. É preciso, pois, pensar em medida alternativa, e essa medida alternativa, em nossa visão, é a figura do mandato funcional para juízes, ao menos no que tange à atuação das Cortes Superiores, combinada, de preferência, com a estipulação de idade-limite.

Objeção que se poderia suscitar diz respeito ao argumento de que o Texto Constitucional brasileiro de 1988 já teria autorizado o exercício do poder jurisdicional por até 35 (trinta e cinco) anos, porquanto fixou em 35 (trinta e cinco) anos a idade mínima dos magistrados dos tribunais superiores, e em 70 (setenta) anos a idade para aposentadoria compulsória (Artigos 101, 104, parágrafo único, 111-A, 123, parágrafo único, da Constituição da República/1988). Três aspectos devem ser considerados, para responder a essa objeção:

O primeiro é o de que a nossa discussão, à medida que estamos analisando proposta de alteração constitucional, dá-se em caráter de *lege ferenda* (ou *de constitutione ferenda*), como o desenvolvimento de um projeto de utopia contrafactual adequado ao princípio do pluralismo político, e não de *lege lata*. Assim, o que se debate é qual seria o modelo ideal de limitação temporal de exercício da judicatura nos tribunais superiores mais compatível com o princípio do pluralismo político, o que nos remete à premissa de que o modelo atualmente adotado não é adequado e merece por isso ser objeto de maiores reflexões.

Desse modo, a posição do pesquisador permite discutir inclusive o modelo normativo constitucional posto, ainda que elevadamente posto, na perspectiva de aperfeiçoá-lo. E tal aperfeiçoamento, sem dúvidas, há de se dirigir também à nefasta possibilidade aberta pelo Constituinte de 1988, ao tolerar que uma mesma biografia individual permaneça no exercício do poder político-jurisdicional, de tão significativa estatura, por 35 (trinta e cinco) anos, ou, segundo o que se propõe, por até 40 (quarenta) anos.

O segundo aspecto a ser considerado é o de que, a despeito da autorização constitucional, a *práxis* alusiva às nomeações de membros dos tribunais superiores — aqui se tendo em conta especificamente o Supremo Tribunal Federal, que nos interessa mais de perto — tem demonstrado, no plano concreto, que o receio da elastecida permanência

no poder, por parte dos ministros, não se realiza na prática, conforme se percebe da análise da Tabela seguinte, considerando-se apenas os ministros nascidos no Século XX, no período objeto do recorte epistemológico adotado.

Tabela 4.
Ministros do Supremo Tribunal do Brasil
Idade de ingresso no cargo

Ministros	Nascimento	Posse	Idade de ingresso (em anos)
Adalício Coelho Nogueira	13/02/1902	25/11/1965	63,82
Adaucto Lucio Cardoso	24/12/1904	02/03/1967	62,22
Aldir Guimarães Passarinho	21/04/1921	02/09/1982	61,40
Alfredo Buzaid	20/07/1914	30/03/1982	67,73
Aliomar de Andrade Baleeiro	05/05/1905	25/11/1965	60,60
Antonio Gonçalves de Oliveira	13/09/1910	15/02/1960	49,45
Antonio Neder	22/06/1911	28/04/1971	59,89
Ary de Azevedo Franco	21/03/1900	01/02/1956	55,90
Carlos Alberto Madeira	16/03/1920	19/09/1985	65,55
Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto	08/12/1911	04/07/1975	63,61
Carlos Mário da Silva Velloso	19/01/1936	13/06/1990	54,43
Carlos Medeiros Silva	19/06/1907	25/11/1965	58,47
Carlos Thompson Flores	26/01/1911	14/02/1968	57,09
Célio de Oliveira Borja	15/07/1928	17/04/1986	57,79
Clovis Ramalhete Maia	24/02/1912	18/04/1981	69,19
Décio Meirelles de Miranda	26/06/1916	27/06/1978	62,04
Djaci Alves Falcão	04/08/1919	22/02/1967	47,58
Eloy José da Rocha	03/06/1907	15/09/1966	59,32
Evandro Cavalcanti Lins e Silva	18/01/1912	14/08/1963	51,60
Firmino Ferreira Paz	16/07/1912	01/04/1982	69,75
Francisco Manoel Xavier de Albuquerque	03/01/1926	19/04/1972	46,32
Hahnemann Guimarães	27/11/1901	30/10/1946	44,95
Hermes Lima	22/12/1902	26/06/1963	60,55
Ilmar Nascimento Galvão	02/05/1933	26/06/1991	58,18
João Baptista Cordeiro Guerra	12/06/1916	26/07/1974	58,15

Ministros	Nascimento	Posse	Idade de ingresso (em anos)
João Leitão de Abreu	06/07/1913	17/06/1974	60,98
José Carlos Moreira Alves	19/04/1933	20/06/1975	42,19
José Celso de Mello Filho	01/11/1945	17/08/1989	43,82
José Eduardo do Prado Kelly	10/09/1904	25/11/1965	61,24
José Francisco Rezek*	18/01/1944	21/05/1992	48,37
José Francisco Rezek	18/01/1944	24/03/1983	39,20
José Geraldo Rodrigues de Alckmin	04/04/1915	11/10/1972	57,56
José Néri da Silveira	24/04/1932	01/09/1981	49,38
José Paulo Sepúlveda Pertence	21/11/1937	17/05/1989	51,52
Luiz Gallotti	15/08/1904	22/09/1949	45,13
Luiz Octavio Pires e Albuquerque Gallotti	27/10/1930	20/11/1984	54,10
Luiz Rafael Mayer	27/03/1919	15/12/1978	59,76
Marco Aurélio Mendes de Farias Mello	12/07/1946	13/06/1990	43,95
Maurício José Corrêa	09/05/1934	15/12/1994	60,64
Moacyr Amaral Santos	25/07/1902	18/10/1967	65,27
Nelson Azevedo Jobim	12/04/1946	15/04/1997	51,04
Olavo Bilac Pinto	08/02/1908	17/06/1970	62,39
Oscar Dias Corrêa	01/02/1921	26/04/1982	61,27
Oswaldo Trigueiro de Albuquerque Mello	02/01/1905	25/11/1965	60,93
Paulo Brossard de Souza Pinto	23/10/1924	05/04/1989	64,49
Pedro Soares Muñoz	31/03/1916	08/08/1977	61,39
Raphael de Barros Monteiro	26/10/1908	07/07/1967	58,73
Sydney Sanches	26/04/1933	31/08/1984	51,38
Victor Nunes Leal	11/11/1914	07/12/1960	46,10
Idade Média de ingresso			56,46

Fonte: Supremo Tribunal Federal

Verifica-se assim que, a partir de 1946, a média de idade para ingresso no Supremo Tribunal Federal tem sido de cerca de 56 anos e meio. Desse modo, o fato de essa previsão existir no sistema constitucional não infirma a possibilidade de discussão do mandato funcional para juízes, cuja validade é confirmada pela prática das nomeações. Em verdade, o dado prático nos permite até mesmo concluir que, no momento em que o

Constituinte teria autorizado a permanência no exercício do cargo judiciário por até 35 (trinta e cinco), não criou uma regra subsumível em caráter absoluto, mas uma regra constitucional sujeita a uma série significativa de contingências e condicionantes, entre as quais se insere o pluralismo político.

Por hipótese e nos valendo do argumento apagógico, imagine-se a possibilidade de os 11 (onze) ministros da Suprema Corte, em determinada época, terem ingressado no ofício na Corte aos 35 anos de idade e se terem aposentado aos 70 anos de idade. Como falar em pluralismo político-jurisdicional num cenário tão desfavorável? Para evitar situações desconcertantes como essa é que se há de interpretar que a autorização constitucional se apresenta como um programa normativo (na linguagem de Friedrich Muller) que produzirá uma norma desde que em consonância com elementos do âmbito normativo (no qual também se insere o princípio do pluralismo político) e do âmbito do caso (fatores concretos relativos à idade do membro indicado, etc.).

Desse modo, somente se poderia falar da permanência pelo prazo de 35 anos na hipótese de que essa não ofendesse o princípio do pluralismo, o que não parece cogitável na atual quadra da democracia nacional. Portanto, a objeção dos 35 anos previstos constitucionalmente, em verdade, não constitui um argumento sólido e determinante da recusa à ideia do mandato funcional para juízes, como autêntico e desejável aperfeiçoamento do sistema jurisdicional e da democracia brasileira. Em verdade, confirma a proposta e a necessidade de extensão e revisão do modelo instituído.

O horizonte que se nos afigura ideal é, com base no princípio do pluralismo político e do imperativa da ampliação da pluralidade na formação do Judiciário em nível superior, a combinação do critério da idade-limite com a institucionalização do mandato funcional para juízes, com prazo máximo de 9 (nove) anos, à semelhança do adotado predominantemente nos países estudados. Assim, a combinação da idade-limite com o mandato funcional para juízes é a melhor alternativa para satisfazer o pluralismo político nos tribunais superiores, sobretudo porque evita a concreta possibilidade decorrente do modelo vigente de que um mesmo indivíduo permaneça no exercício do poder jurisdicional por períodos muito superiores àquele prazo.

Por fim, é importante ressaltar que o Brasil, com sucesso, já adota para alguns órgãos superiores do Judiciário o instituto do mandato funcional para juízes. É o que acontece com a Corte Superior Eleitoral (TSE), cujos 7 (sete) membros são escolhidos para exercerem mandato de 2 (dois) anos, prorrogáveis subsequentemente por mais 2 (dois), e também com o atual Conselho Nacional de Justiça, cujos membros também são eleitos para mandato de 2 (dois) anos, admitida uma recondução por igual período. Portanto, o que se propõe é a ampliação desse modelo bem-sucedido de pluralização e renovação periódica das cortes superiores, assegurando o reconhecimento radical das possibilidades de participação das mais diversas classes dos segmentos jurídicos nacionais na formação do pensamento constitucional no Brasil.

6. Conclusões

O debate que suscitamos demonstra a necessidade de pensar em outras formas alternativas de delimitação temporal do exercício funcional do poder político-jurisdicional no âmbito dos tribunais superiores no Brasil, alternativas essas que possam ampliar o pluralismo político na formação e consectariamente na atuação dessas cortes. A partir dos exemplos vividos na Europa e na América Latina, uma das alternativas que nos oferecem mais horizontes em termos de pluralização e politização democrática do Judiciário é a institucionalização do mandato judiciário combinada com a fixação de limite de idade, para o que o termo de 70 (setenta) anos já se mostra constitucionalmente adequado, considerando-se que no continente americano poucos são os países que autorizaram a ultrapassagem desse termo final (Canadá, Argentina e EUA), tirante ainda os países que autorizam a reeleição subsequente para os cargos de juízes dos tribunais superiores e das cortes constitucionais.

A contrario sensu, não é satisfatória, em termos de pluralismo político do judiciário, a proposta que visa apenas ampliar a idade limite, sem estabelecer, em contrapartida, um tempo máximo de permanência no cargo político-judiciário, porquanto desfavorece o ingresso de novos atores neste cenário, restringindo a possibilidade de renovação das ideologias desenvolvidas pelos atores cujos termos de exercício funcional se pretende estender. Neste cenário, a proposta conservadora que norteia a reforma da Constituição brasileira ora estudada, porquanto centrada no solipsismo das biografias individuais dos atores juspolíticos que atuam nas cortes superiores brasileiras, deve ser substituída por outra que enfatize o pluralismo organizacional, político e social do judiciário, e a consequente politização democrática do judiciário. Essa segunda proposta, segundo a pesquisa desenvolvida, encontra apoio no modelo do mandato funcional para juízes das cortes superiores, complementando o modelo da limitação de idade dos termos funcionais desses juízes.

Referências bibliográficas

Arendt, Hannah. *Entre o passado e o futuro.* Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida [*Between past and future*, 1956]. São Paulo: Perspectiva, 2002.

— *O Que é política?* Fragmentos das obras póstumas compiladas por Úrsula Ludz. Tradução de Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

Arnaud, André-Jean; Junqueira, Eliane Botelho (org.). *Dicionário da globalização*. Direito. Ciência Política. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

Bobbio, Norberto. *As Ideologias e o poder em crise.* [*Ideologie e il potere in crisi*, 1982]. Tradução de João Ferreira. Brasília: UnB, 1990.

Campilongo, Celso Fernandes. Os Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: Faria, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça.* São Paulo: Malheiros, 2005.

Cerqueira, Marcello. *Cartas constitucionais.* Império, República & Autoritarismo. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

Cortina, Adela. *Cidadãos do mundo*. Para uma teoria da cidadania. Tradução de Silvana Cobucci Leite [*Ciudadanos del mundo: hacia una teoría de La ciudadanía*, 1997]. São Paulo: Loyola.

Dworkin, Ronald. *Ética privada e igualitarismo politico*. Traducción de Antoni Domènech [*Foundations of liberal equality*]. Barcelona: Paidós, 1993.

Faria, José Eduardo. *O Poder judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1996.

Favoreu, Louis. *As Cortes constitucionais.* [*Les Cours constitutionnelles*, 2004]. Tradução de Dunia Marinho da Silva. São Paulo: Landy, 2004.

Garapon, Antoine. *O Guardador de promessas.* Justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão [*Le Gardien des promesses*, 1996]. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

Haberle, Peter. *Pluralismo y Constitución*. Estudios de teoria constitucional de La sociedade abierta. Traducción de Emilio Mikunda [*Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 1980]. Madrid: 2002.

Kelsen, Hans. *A Democracia*. [*Vom Wesen um Wert der Demokratie*, 1929]. Tradução de Ivone Castilho Benedetti *et alii*.São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Lipovetsky, Gilles; Charles, Sebastién. *Os Tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

Sadek, Maria Tereza. Apresentação. *In*: Arantes, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Idesp; Fapesp, Sumaré, Educ, 1997.

— *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

Santos, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

— *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

— *Pela Mão de Alice*. O social e o político na pós-modernidade. 8ª Ed. São Paulo: Cortez, 2001.

Shapiro, Martin; Sweet, Alec Stone. *On Law, politics & judicialization*. Oxford: Oxford University, 2002.

Taylor, Charles *et alii*. *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Tradução de Marta Machado [Multiculturalism, 1994]. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

Tate, C. Neal. Why the expansion of judicial power. In: Tate, C. Neal; Vallinder, Torbjörn (ed.). *The Global expansion of judicial power***.** New York and London: New York University, 1995.

Touraine, Alain. *¿Qué es la democracia?*. Traducción de Horácio Pons. [*Que'est-ce que la démocratie?,* 1994]. México: Fondo de Cultura Económica.

Unger, Roberto Mangabeira. *O Direito e o futuro da democracia***.** Tradução de Caio Farah Rodriguez e Márcio Soares Grandchamp [*What should legal analysis become*?, 1996]. São Paulo: Boitempo, 2004.

Villorio, Luis. *El concepto de ideología y otros ensayos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, PP 527-541, ISSN 1510-4974

Néstor Pedro Sagüés (Argentina)*

Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales**

RESUMEN

¿Es correcto que los tribunales constitucionales operen como agentes de cambios sociales, convalidando las políticas diseñadas por los poderes Legislativo y Ejecutivo, o incluso en actitudes más activistas, liderando esos cambios? La doctrina tradicional, con los argumentos de las cuestiones políticas no justiciables, o de la mediación de la ley, los eximía de intervenir en tales procesos. Actualmente, ante la crisis o la erosión de ambas teorías, con un incremento de las presiones sociales sobre la magistratura constitucional, la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión y de la motorización judicial de la Constitución, se abren nuevos, distintos y polémicos escenarios.

Palabras clave: tribunales constitucionales, jurisdicción constitucional, agentes de cambios sociales, poderes del Estado, Constitución política, aplicación de la ley.

ZUSAMENFASSUNG

Ist es zulässig, dass Verfassungsgerichte als Agenten gesellschaftlicher Veränderungen auftreten und damit die von Gesetzgeber und Regierung gestalteten Politiken bestätigen oder sich womöglich durch ein noch aktiveres Vorgehen an die Spitze solcher Veränderungen stellen? Die traditionelle Lehre befreite sie unter Verweis auf die Argumente der fehlenden Justiziabilität politischer Angelegenheiten und der Mittlerfunktion des Gesetzes von der Mitwirkung an solchen Prozessen. Im Zusammenhang mit der Krise oder Aushöhlung dieser beiden Theorien und des damit einhergehenden verstärkten gesellschaftlichen Drucks auf die Verfassungsgerichtsbarkeit, aber auch auf Grund der Doktrin der Verfassungwidrigkeit durch Unterlassung und der gerichtlichen Anwendbarkeit der Verfassung eröffnen sich heute davon abweichende neue und polemische Szenarien.

---

* Catedrático de la Universidad de Buenos Aires y Pontificia Universidad Católica Argentina. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. ‹npsagues@gmail.com›

** El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

Schlagwörter: Verfassungsgerichte, Verfassungsgerichtsbarkeit, Agenten des gesellschaftlichen Wandels, Staatsgewalten, Verfassung, Umsetzung des Gesetzes.

ABSTRACT

Is it right for constitutional courts to operate as agents of social change, validating policies designed by the legislative and executive powers or, in even more proactive attitudes, leading those changes? Traditional doctrine, based on reasoning about non-justiciable political questions, or mediation of the law, exempted them from involvement in such processes. Currently, the crisis or erosion of these theories, the increasing social pressure on constitutional judges, the doctrine of unconstitutionality by omission and the judicial motorization of the constitution provide new, different and controversial scenarios.

Keywords: constitutional courts, constitutional jurisdiction, agents of social change, powers of the State, political Constitution, enforcement of the law.

1. Introducción. El doble sentido del concepto de *agente:* convalidante o promotor

En noviembre de 2009, durante una visita a Buenos Aires, William Koski, docente e investigador en la Universidad de Stanford, planteaba en términos contundentes la alternativa de que "la Justicia puede y debe generar cambios sociales, cuando la política y los políticos se muestran impotentes o, simplemente, no están dispuestos a impulsarlos". La iniciativa, auspiciada por activistas civiles norteamericanos, procura por ejemplo lograr ante los tribunales la igualdad de oportunidades educativas, en su versión de posibilitar a los chicos en condiciones más vulnerables el acceso a una educación completa, incluso universitaria y, en términos ambiciosos, de igual calidad.[1]

Esta propuesta motiva detenernos en el amplio tema de los tribunales, cortes o salas constitucionales (o de las cortes supremas, cuando cumplen roles relativamente similares), como posibles agentes de los cambios sociales, más allá del proyecto concreto mencionado en el párrafo anterior. Desde luego, no se agotará aquí un tema tan amplio como acuciante. Antes bien, se aportarán algunas notas que pueden ilustrarlo.

La cuestión, nos parece, obliga a distinguir en esa temática dos posibles roles de la jurisdicción constitucional que, aunque próximos, son distintos:

a. El primero es cuando ella opera como *agente convalidante* de un cambio social. Una muestra de esto pudo ser la Corte Suprema de los Estados Unidos en la década del treinta, cuando durante el transcurso de un serio y grave conflicto ideológico y jurídico, después de reputar inconstitucionales varias leyes sancionadas bajo la inspiración de Franklin D. Roosevelt, enmarcadas en el *New Deal* ('nuevo trato'), terminó años más tarde por consentirlas, admitiéndolas como constitucionales, con lo que confirmó la apertura de un sesgo político-social y de mayor regulación del Estado

[1] Diario *La Nación,* Buenos Aires, 28/10/2009.

en áreas económicas.[2] Esta posición importa una actitud de acompañamiento y de confirmación constitucional por cierto muy importante, pero de algo ya hecho —o puesto en marcha— por el presidente o el Congreso.

Es útil tener en cuenta que la aprobación constitucional de un cambio social puede manifestarse, de modo indirecto y en el orden práctico de las realidades, tanto cuando la magistratura constitucional explícitamente lo estima constitucional —es decir, cuando lo juzga y entiende que coincide con la Constitución— como si se abstiene de controlarlo (por ejemplo, calificándolo como "cuestión política no justiciable", tema que abordamos más adelante), ya que en este caso, oblicuamente, al decir que no puede entrar a meritar su constitucionalidad o inconstitucionalidad, renuncia a reputarlo como inconstitucional y, por ende, permite que opere como constitucional.

b. El segundo papel ocurre si la jurisdicción constitucional funciona como *agente promotor* o *inductor* del cambio social. En tal supuesto, ella lidera, como actor principal, la mutación, adelantándose a los "poderes políticos" clásicos (o aun actuando *pese a* ellos). Volviendo a Estados Unidos, en *Brown v. Board of Education* la Corte Suprema, al declarar inconstitucional la segregación racial en las escuelas,[3] cambió su jurisprudencia anterior y abrió nuevas y decisivas instancias en la convivencia social estadounidense.

Obviamente, en esta segunda pose, la justicia constitucional adoptó un comportamiento activista mucho más manifiesto que en la primera hipótesis que comentamos.

Finalmente, cuando hablamos de *cambios sociales* aludimos no solamente a los de naturaleza económica, sino también a otros, de tipo cultural, religioso, educativo, etcétera.

2. Tesis negativa

La concepción tradicional es renuente a reconocer el rol de agente de cambios sociales por la jurisdicción constitucional. Maneja, al respecto, varios argumentos. Uno es el papel "jurídico", y no "político", de los órganos jurisdiccionales. Los ancestros de esta posición pueden encontrarse, tal vez, en la conocida tesis de Montesquieu sobre el juez como boca de la ley (*bouche de la loi*), es decir, como mero aplicador, casi técnico y robótico, de ella (una suerte de "operador tribunalicio"). Disponer un cambio social sería un asunto "político", propio del Parlamento y del Poder Ejecutivo, ajeno

[2] Sobre las conflictivas relaciones entre el presidente Franklin D. Roosevelt y la Corte Suprema, y en particular respecto de los "desastres judiciales para el *new deal*" (después superados), véase Carl Brent Swisher: *El desarrollo constitucional de los Estados Unidos,* trad. de Hugo Charny, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1958, t. II, p. 821 ss. Para algunos autores, el cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema, convalidatorio del *new deal,* implicó que ella "capituló sin condiciones". Véase David P. Currie: *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos,* trad. de Verónica Gómez, Buenos Aires: Zavalía, 1993, p. 48.

[3] En el caso de referencia, como se sabe, la Corte abandonó la anterior tesis jurisprudencial sentada, por ejemplo, en *Plessy vs. Ferguson,* de 1896, de "separados pero iguales". Véase Robert S. Barker: *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual,* Lima: Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2005, p. 87.

al quehacer "jurídico" de los tribunales. Desde esta perspectiva, la justicia constitucional solamente podría operar, a lo sumo, como ejecutora (en los conflictos forenses que tuviese que decidir), de cambios sociales ya dispuestos —principalmente— por el legislador.

El tema se vincula con la tradicional doctrina de las cuestiones políticas no justiciables (political questions). Esta enseña que hay áreas del quehacer constitucional que, reservadas a los poderes clásicamente "políticos" (Ejecutivo y Legislativo, verbigracia), no deben estar sometidas al escrutinio judicial de constitucionalidad, puesto que no hacen a las funciones judiciales (por ejemplo, asuntos relativos a guerra, paz, manejo de relaciones exteriores, moneda, etcétera). En la misma bolsa estarían las "políticas" estatales de defensa, fomento, alfabetización, educación, salud, vivienda, planificación económica y financiera, promoción social, etcétera, ajenas, prima facie, a la labor de la magistratura constitucional, por ser, valga la redundancia, asuntos "políticos" y no "jurídicos". Los tribunales únicamente deberían ocuparse, según esta perspectiva, de los últimos.[4] Los temas "políticos" quedarían oblicuamente convalidados, ante la abstinencia jurisdiccional de entrar a calificarlos o descalificarlos.

Acompañan a esta posición dos subtesis significativas: el principio de mediación de la ley y la distinción entre cláusulas constitucionales programáticas y operativas. Ambas neutralizan la gestión judicial para actuar en materia de cambios sociales. A ellas nos referiremos más abajo.

Últimamente se ha agregado otra argumentación complementaria. Conforme a ella, hay dos maneras de entender el control de constitucionalidad: una, que podría denominarse modelo constitucionalista-judicialista, considera que la ley suprema contiene en sí un proyecto político que deja poco margen de maniobra al legislador, al que le correspondería más bien ejecutarlo. Y a los jueces les tocaría, vía interpretación, y con facultades intensas para ello, determinar el cerco constitucional, bastante limitativo, que condiciona al poder legislativo. La otra concepción, tributaria de un modelo democrático o legalista, piensa en cambio que la Constitución "no predetermina la solución a todos los conflictos", sino que solamente fija las reglas fundamentales de juego, y deja al legislador, representante del pueblo, un muy amplio margen para realizar sus opciones políticas. La jurisdicción constitucional debería solamente actuar si el poder legisferante traspasara las fronteras de la Constitución.[5]

La tesis en debate, en el fondo, estriba en una cuestión de ocupación de espacios políticos (por la justicia constitucional o por el poder legislativo). Si se acepta la versión democrático-legalista, bien podría concluirse que la programación e instrumentación de los cambios en las políticas sociales corresponde, naturalmente, a un legislador con generosos radios de acción para definirse, mientras que a la judicatura le

---

[4] Para parte de la doctrina, en efecto, las cuestiones "políticas" carecen de naturaleza "jurídica" y, por tanto, son ajenas a las competencias de los tribunales. Véase Segundo V. Linares Quintana: *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado,* 2.ª ed., Buenos Aires: Plus Ultra, 1978, t. 3, pp. 510 ss.

[5] Véase Marina Gascón Abellán: "Los límites de la justicia constitucional: la invasión del ámbito político", en *Revista Peruana de Derecho Público*, n.º 18, Lima, 2009, pp. 55 ss.

correspondería solamente un papel de fiscalización en el ejercicio de las funciones legisferantes (evitar que aquel elija alternativas extra o anticonstitucionales), pero no ponerse ella a diseñar tales cambios, porque no le corresponde sustituir al Congreso o Parlamento. No son pocos, en efecto, quienes desconfían del activismo judicial para alterar la estructura de la realidad social o económica, argumentando al respecto que ello "interceptaría gravemente al mecanismo democrático".[6]

3. Tesis afirmativa

La posibilidad de que los tribunales, salas y cortes constitucionales actúen de algún modo como agentes convalidantes, o en su caso promotores, de cambios sociales tiene a su turno su propio arsenal argumentativo.

a. El primer instrumento aperturista estriba en el profundo repliegue que ha sufrido la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, o *political questions.* En el ámbito doctrinario ha sido objetada como doctrina hedonista y oportunista, sin lógica ni coherencia alguna, diseñada por los tribunales al vaivén de conveniencias y circunstancias históricas puramente contingentes. Una tesis, añadieron otros, que consagra la impunidad constitucional de los actores "políticos", y que niega el derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia a quienes son víctimas de los "actos políticos" eximidos del control de constitucionalidad.[7]

Pero, aparte de esos embates doctrinarios, han sido los tribunales, que inventaron aquella doctrina y que elaboran el catálogo de las cuestiones políticas "no justiciables" y de las "justiciables", los que han *judicializado* muchos espacios otrora estrictamente "políticos", con lo que el mapa de las *political questions* hoy se encuentra sensiblemente reducido. Vale la pena recordar que temas como el diseño de los distritos electorales, o la exclusión de un legislador del Congreso han sido ahora decididos por las cortes, en Estados Unidos, donde su Corte Suprema, por lo demás, determinó quién debía ser presidente de la nación, en *Gore v. Bush.* Y que en otros países, como en Argentina, el control del proceso legislativo, de una reforma constitucional, la destitución de jueces de la Corte Suprema por el Senado federal (en lo que hace al debido proceso), el acierto de una ley del Congreso que regula la competencia por apelación ordinaria ante la Corte Suprema, entre otros tantos asuntos, también haya sido judicializado.[8]

El caso más paradigmático, obviamente, ha sido el de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica en *Zamora Bolaños,* donde el tribunal declaró prácticamente extinguida la categoría de cuestiones no justiciables, por entender que hay un

---

[6] Véase Francisco A. Laporta: "Sobre la protección constitucional de los derechos sociales", en *Congreso Internacional sobre la Reforma de la Constitución. Elementos para una reforma de la Constitución,* Buenos Aires: Presidencia de la Nación, 1988, t. 1, p. 177.

[7] Sobre el origen, auge y decadencia de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, nos remitimos a Néstor Pedro Sagüés: *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial,* Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005, pp. 285 ss., especialmente 290 ss.

[8] En cuanto al repliegue de las *political questions* en el derecho argentino, cf. Néstor Pedro Sagüés: *Manual de derecho constitucional,* Buenos Aires: Astrea, 2007, pp. 178-179.

"derecho de la Constitución" que en todo caso debe aplicar la Sala, ya que para eso ha sido creada. En virtud de ello, ordenó al Poder Ejecutivo retirarse de la Coalición Antiterrorista Internacional contra Saddam Hussein, incorporación que se realizó —constata la sentencia— en infracción a varias reglas de la Constitución local, consagratorias, por ejemplo, del derecho a la paz, y en violación también a instrumentos internacionales, comenzando por la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.[9]

b. La segunda razón es el reconocimiento de los papeles políticos que inevitablemente asume la jurisdicción constitucional como órgano controlador (en defensa de la supremacía de la Constitución) de los poderes clásicamente "políticos". Determinar si una ley es o no constitucional es, desde luego, una operación jurídica, pero, inescindiblemente, como acto de control entre poderes, también posee naturaleza política. De más está decir que si la sentencia de un tribunal constitucional tiene efectos expansivos, ya porque debe ser seguida por los otros tribunales del país, ya por derogar la ley inconstitucional, esa entidad política se acrecienta. Paralelamente, interpretar la Constitución (una norma que es, sobre todo y según la feliz expresión estadounidense, un *instrumento de gobierno*)[10] exige también de quien realiza tal tarea, entre otras cualidades políticas, mesura, perspectiva histórica y contextual, un buen manejo de la ideología constitucional y la aptitud de medir las consecuencias y verificar los resultados de su acto de control.

c. El tercer motivo, de tipo sociológico, es la fuerte presión que experimentan los tribunales, por parte de la sociedad en general y de determinados grupos en particular, para que se cumplan las promesas de la Constitución, especialmente en asuntos de índole económico-social. Al revés de otras épocas, en que la comunidad soportaba estoicamente que esos derechos constitucionales estuviesen contenidos (en el sentido de *limitados y condicionados*) por la discreción legislativa en regularlos, y en cuánto regularlos, o en no regularlos, actualmente los reclamos sociales se traducen, si son insatisfechos en el ámbito del Poder Ejecutivo o del Legislativo, en demandas concretas, alimentadas por un cada vez más expeditivo derecho procesal constitucional, ante los tribunales, para los cuales resulta harto difícil, cada vez más, negarse a atenderlas so pretexto de abordar temas "políticos no justiciables".

d. La abstención judicial en procesar y resolver tales demandas otrora se fundaba, aparte de la doctrina de las *political questions,* en la tesis de la *mediación de la ley,* en el sentido de que un derecho constitucional solamente se ejercita del modo en que ha sido legalmente reglamentado, con potestades cuasisoberanas, por el Poder Legislativo. En principio, desde esa perspectiva, a un juez constitucional no le tocaría instar cambios sociales, misión que correspondería al legislador. A lo sumo le correspondería convalidar esos cambios, realizados por ley por el Poder Legislativo, si se cuestionara su constitucionalidad.

Actualmente la doctrina de la mediación de la ley todavía persiste, pero seriamente acotada. Veamos algunos de esos límites: a) La ley debe reglamentar a la Constitución,

---

[9] *In extenso*, véase Sagüés: *El tercer poder…*, o. cit., pp. 294 ss.

[10] "Estados Unidos vs. Classic" (1941), en Edgard S. Corwin: *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual,* trad. de Aníbal Leal, Buenos Aires: Fraterna, 1987, p. 14.

pero no puede hacerlo irrazonablemente (doctrina del *debido proceso sustantivo*), y son los tribunales constitucionales los que evaluarán la constitucionalidad y la razonabilidad de la reglamentación. b) Una reglamentación legal insuficiente autoriza al juez constitucional —por ejemplo, mediante una sentencia interpretativa *aditiva*— a añadirle, por vía de interpretación y a fin de tornar operativa a la Constitución, un contenido más que la haga compatible con la ley suprema.[11] c) Para el caso, más simple, de no haber reglamentación legal, el derecho constitucional no puede quedar bloqueado o congelado, a merced de esa mora legisferante. Ello encuentra remedio en la doctrina de la *inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas generales* (en este caso, las reglamentarias) o en *la motorización directa de la Constitución,* por la cual el juez del caso debe hacer cumplir el derecho por más que no exista la ley reguladora, directriz esta que, aunque no tan usual, está presente en algunas leyes supremas, las cuales realizan de ese modo una suerte de *compulsión constitucional* sobre el juez. Así lo dispone, verbigracia, el artículo 11-3 *in fine* de la presente Constitución de Ecuador:

> Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

En cualquiera de estos supuestos el protagonismo judicial ante un eventual cambio social puede ser más intenso que antes.

e. Otra doctrina emparentada con la teoría de la mediación de la ley fue la distintiva entre *cláusulas constitucionales programáticas* y *cláusulas constitucionales operativas*. Conforme a ella, solamente un puñado de reglas constitucionales resultaban autoejecutorias; la mayoría de las referidas a derechos necesitaban, indispensablemente, una ley reglamentaria que las instrumentase. Hasta entonces, las cláusulas "programáticas" eran, en verdad, "medio normas" o "principios de normación", o, desde un ángulo más literario, mera poesía constitucional. Pero actualmente la nómina de las reglas programáticas tiende a comprimirse, en aras de dar la mayor actuación posible a la Constitución, y obviamente recae en los jueces (constitucionales u ordinarios) el trabajo de efectivizar, llegado el caso *omissio medio* del Poder Legislativo, los derechos de la Constitución.[12]

f. La doctrina de la *inconstitucionalidad por omisión,* a la que ya hemos hecho referencia, ha tenido despliegues inusitados. Esbozada inicialmente por los tribunales para dar algunas soluciones concretas, ha concluido en una multiplicidad de recetas constitucionales que, en los últimos años, llegan hasta convertir a los tribunales constitucionales en legisladores activos, *promotores de legislación* (cuando instan o intiman

---

[11] Respecto de las sentencias aditivas, cf. Francisco Javier Diaz Revorio: *La interpretación constitucional de la ley,* Lima: Palestra, 2003, pp. 253 ss. Sobre la inconstitucionalidad por omisión y su cobertura judicial y constitucional, incluido el uso de la *compulsión constitucional,* derivamos a Néstor Pedro Sagüés: *La interpretación judicial de la Constitución,* Buenos Aires: Lexis Nexis, 2.ª ed., 2006, pp. 129 ss., esp. p. 136.

[12] Véase Rolando E. Pina: *Cláusulas constitucionales programáticas,* Buenos Aires: Astrea, 1973, pp. 72-108.

al órgano legislativo renuente a sancionar la normatividad faltante), o también en *legisladores suplentes y precarios,* habilitados para sancionar la norma ausente si el órgano legislativo ocioso no lo ha hecho, y hasta tanto este no lo haga, dictando así normas bajo condición resolutoria.[13]

En definitiva, y como conclusión general, puede registrarse un cambio de *cultura constitucional,* que importa el tránsito de la idea que hemos llamado de la *Constitución-promesa* (un texto pletórico de derechos, pero de realización muy futura, y principalmente a cargo de los poderes "políticos": el Congreso y el presidente), a la noción de la *Constitución-contrato:* una Constitución reclamable y exigible ante los tribunales.[14] Ello compromete y apura, desde luego, el perfil de la judicatura como agente de cambios sociales.

4. Reexamen. Roles de la jurisdicción constitucional como agente de cambios sociales. Distintos escenarios normativos

Partiendo de una visión restringida de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, como de otra igualmente reducida del principio de mediación de la ley y de otra también acotada de la tesis de las cláusulas programáticas, y aceptando por lo demás una fuerte actuación de la revisión judicial de constitucionalidad, cabe diferenciar los distintos paisajes normativos en que puede plantearse la gestión del juez constitucional como agente de cambio social.

a. Casos de clara ejecución de la Constitución. La primera posibilidad es que la Constitución programe un cambio de modo nítido y contundente, por ejemplo, enunciando sin tapujos un derecho que hasta ahora no ha sido implementado legalmente, o que si ha tenido regulación legal, ella no se cumple, o se encuentra constitucionalmente discutida.

b. Casos de desarrollo progresivo de la Constitución. Aquí el panorama no es tan obvio. Un tribunal constitucional puede desenvolver el texto constitucional, mediante interpretaciones extensivas, partiendo de, por ejemplo, una cláusula abierta de ella, como la norma de los derechos no enumerados, vigente en varias constituciones latinoamericanas y cuyo antecedente más remoto está en la enmienda IX de la Constitución norteamericana.

Esta cláusula indica que, aparte de los derechos expresados en el texto constitucional, hay otros, constitucionales también, no enumerados o implícitos, que derivan, por ejemplo, de la forma republicana o democrática de gobierno, de la soberanía del pueblo, de la dignidad del ser humano, etcétera. Esos derechos son derechos descubiertos y declarados, después del lanzamiento de la Constitución, por los jueces constitucionales. Pueden incluso ser derechos no entrevistos como constitucionales en el momento de sancionarse la Constitución, pero que más tarde, por evolución de las

[13] Por ejemplo, véase Néstor Pedro Sagüés: "La Corte Constitucional del Ecuador como legislador suplente y precario", en Víctor Bazán (coord.): *Derecho procesal constitucional europeo y americano,* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2010, t. I, pp. 573 ss.

[14] Néstor Pedro Sagüés: *Teoría de la Constitución,* Buenos Aires: Astrea, 2001, p. 253.

creencias sociales, o por razonamiento de los jueces, sí se los reputa con esa condición jurídica (el tema se conecta, aunque no sea necesariamente idéntico, con la doctrina del derecho natural de conocimiento progresivo).

Otro caso de desarrollo constitucional acaece si el juez constitucional infiere o deduce de un derecho constitucional explícito otro derecho que también categoriza como constitucional. Por ejemplo, si del derecho a la salud concluye que presupone el derecho a la vida, con las prestaciones médicas del caso, y el derecho a contar con alimentos; o del derecho al debido proceso extrae el derecho al acceso a la justicia; o del principio de presunción de inocencia, el derecho a la excarcelación mientras dure el proceso, bien que con ciertas limitaciones.

c. Casos de mutación de la Constitución. En esta hipótesis, el tribunal constitucional cambia el contenido de un derecho, con impactos sociales innegables. En Estados Unidos, respecto del derecho a la igualdad, es evidente que Brown v. Board of Education le dio un sentido nuevo (igualdad como integración en las escuelas), distinto al originario de la Constitución estadounidense (igualdad como segregación).

d. Casos de cambios promovidos desde el derecho internacional. Cada vez con más frecuencia, y como resultado de un derecho internacional paulatinamente más exigente y penetrante, determinados instrumentos (en particular, concernientes al derecho internacional de los derechos humanos) pueden demandar cambios que muchas veces no son instrumentados en el orden interno, ya por desidia del legislador local, ya por negligencia de otros operadores. Según se mire, la magistratura constitucional puede considerarse como convalidadora o promotora de los cambios sociales que puedan producirse con motivo de esa instrumentación o aplicación en el orden local de aquel derecho internacional.

5. Respuestas posibles

Veamos ahora las eventuales recetas que pueden sugerirse en las cuatro distintas situaciones que hemos dibujado.

a. *Casos de clara ejecución de la Constitución.* Si la Constitución declara explícitamente algo y el interesado requiere su aplicación, denegada por una autoridad pública o por particulares, la actuación del juez constitucional como agente de convalidación de un cambio emergente de una ley, o de promotor del cambio hasta ahora no instrumentado legalmente, es perfectamente constitucional, dentro, naturalmente, de las modalidades constitucionales en que se ha enunciado el derecho. Algunas veces, en efecto, la propia Constitución condiciona o frena el funcionamiento de un derecho a la satisfacción de ciertos recaudos de tiempo, de recursos económicos o de la adopción política de determinadas decisiones. Tales son las cláusulas *de la posibilidad* o *de la disponibilidad,* por ejemplo.[15]

[15] Por ejemplo, el artículo 8.º, inciso 17, de la anterior Constitución de la República Dominicana dispuso: "El Estado prestará, asimismo, asistencia social a los pobres. Dicha asistencia consistirá en alimentos, vestimenta y hasta donde sea posible, alojamiento adecuado". Y el artículo 59 *in fine*

Un caso de motorización de cambio por la justicia constitucional fue el realizado por el Tribunal Constitucional Federal alemán, en 1969, respecto de la igualdad entre hijos legítimos y naturales, proclamada expresamente por la Ley Fundamental de Bonn de 1949, y que debía instrumentarse por ley. El Tribunal, ante el silencio del legislador en efectivizar la cláusula constitucional, detectó inconstitucionalidad por omisión y decidió cumplirla por sí mismo, partiendo del supuesto de que existía una clara prescripción constitucional al respecto, un mandato incumplido durante veinte años por el legislador, y la posibilidad concreta del Tribunal de cubrir esa laguna legisferante.[16] En resumen, el Tribunal Constitucional Federal superó correctamente la tesis de la *mediación de la ley* mediante la doctrina de la *inconstitucionalidad por omisión.* Y promovió un cambio social.

b. *Casos de desarrollo constitucional progresivo.* Se trata de episodios muy significativos, autorizados expresa o tácitamente por el texto constitucional, y que muestran de qué manera un tribunal constitucional supremo (intérprete final de la Constitución) ejercita, guste o no, facultades constituyentes de tipo potencialmente permanente.

La promoción de un cambio por un tribunal constitucional, mediante la estrategia de la doctrina del desarrollo constitucional, exige desde luego una enorme responsabilidad en quien la practica: 1) está declarando derechos con rango constitucional, es decir, está engrosando el catálogo de los derechos constitucionales expresos con los implícitos, inferidos o deducidos por el juez constitucional; 2) Está señalando a todos los poderes del Estado que el nuevo derecho es un derecho *supralegal* y, por tanto, que ellos deben reconocerlo y aplicarlo efectivamente; 3) indica también que es indispensable otorgarle aquella alcurnia normativa ya que no basta, por su importancia y gravitación, el simple reconocimiento *legal* del derecho en cuestión; 4) anticipa que el Estado debe asumir los costos que impone esa ampliación, y 5) alerta en cuanto a que el legislador no podrá negarlo jamás ni retacearlo.

Lo dicho advierte que un tribunal constitucional, o quien haga sus veces, cuando declara un nuevo derecho constitucional (o confiere un sentido distinto, más amplio y exigente, a uno anterior) que provoca cambios sociales, debe operar con una especial cautela, sensatez, sentido de bien común, realismo y conciencia de los límites de todo enunciado. No se trata, por cierto, de declarar utópica y livianamente "derechos imposibles", por el mero hecho de que resulten muy agradables o idealmente perfectos, si luego se carece de los medios para satisfacerlos, actitud que evidenciaría no un *cambio,* sino un verdadero *fraude* social.[17] La doctrina de la *interpretación previsora*, o *consecuencialista*,[18] de la Constitución es aquí decisiva: en el proceso de reconocimiento del nuevo derecho, o de reciclaje del viejo, cabe verificar las consecuencias y medir

---

de la Constitución de Ecuador de 1998 establecía que las pensiones por jubilación debían ajustarse anualmente, pero "según las disponibilidades del fondo respectivo".

[16] Cf. Rolando E. Pina: o. y pp. cit. en nota 10.

[17] Sobre los *derechos imposibles* —xpresión que hemos tomado de Germán J. Bidart Campos— y su diferenciación con los *derechos imposibilitados,* véase Néstor Pedro Sagüés: *El tercer poder,* o. cit., pp. 149 ss.

[18] En cuanto a la interpretación previsora, derivamos al lector a Néstor Pedro Sagüés: *La interpretación judicial de la Constitución,* o. cit., pp. 83 ss.

los resultados de tal proclamación, y solamente adoptar interpretaciones constitucionales provechosas, valiosas, adecuadas y posibles. Esas interpretaciones deben ser en función de un país real y no de una "isla de la fantasía".

Vienen aquí bien las reflexiones de Max Weber en torno a la necesidad de compatibilizar la "ética de la convicción" (que es una ética líricamente principista) con la "ética de las responsabilidades",[19] que es una ética de las realidades y de las consecuencias: no se trata, por cierto, de elucubrar solamente planteos puristas que navegan en el más allá del firmamento jurídico, sino de adoptar recetas instrumentables en el medio en que se formulan. A esto lo llamaríamos el requisito de *practicabilidad* del nuevo derecho, idea que se conecta con su "análisis de factibilidad".[20]

El papel de ese tribunal como agente promotor del cambio social, generalmente a través del enunciado o de la tutela de derechos constitucionales, o *constitucionalizados* por él, resulta —cuando se encuentran satisfechos los recaudos aludidos— justificado.

c. *Casos de mutación constitucional.* En este supuesto, el juez o tribunal constitucional va a modificar la Constitución alterando el contenido anterior de un derecho. Va a enunciarlo de modo distinto al fijado por el constituyente, o por él mismo en veredictos previos. *Brown v. Board of Education* fue un ejemplo de ello, provocador de un sensible cambio social. *Lawrence v. Texas,* cuando declaró inconstitucional el castigo penal de relaciones homosexuales practicadas privadamente entre adultos y libremente consentidas, modificó también un modo tradicional de interpretar la Constitución, en materia de privacidad y de igualdad, vigente pocos años atrás, verbigracia, en *Bowers.*[21]

Es en esta línea de casos donde más se evidencia el rol de la jurisdicción constitucional activista y convalidante, o decididamente de promotor de un cambio social. Vale decir, cuando decide inaugurar un modo distinto de entender a la Constitución preexistente, impactando en la estructura o en el contexto económico, religioso, político o cultural de una comunidad.

La justificación de ese cambio remite al tema de la legitimidad de las interpretaciones mutativas, en particular de las operadas más allá, o inclusive *contra constitutionem.* Sabido es que la argumentación a favor de estos operativos se asienta, por ejemplo, en la doctrina de la *Constitución viviente (living constitution),* en el argumento de las generaciones, o en el argumento del constituyente actual. El tema lo hemos desarrollado

---

[19] Cf. Max Weber: *El político y el científico,* en Universidad Nacional de San Martín, ‹http://www.bibliotecabasica.com.ar›, pp. 32 (20/9/2010).

[20] El análisis de factibilidad alude —principalmente— al impacto económico de un derecho que genera deberes prestacionales, efecto que puede repercutir tanto en el presupuesto del Estado como en las empresas o en los trabajadores, en orden a disponer una adecuada previsión y asignación de recursos. Véase por ejemplo Luis Jimena Quesada (2009), "La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas", en *Estudios de Economía aplicada,* Valladolid: Facultad de Ciencias Económicas, 2009, vol. 27-3, pp. 743-766.

[21] Sobre el caso *Lawrence contra Texas,* y el empleo del dato sociológico y el recurso al intérprete externo para resolverlo, véase María Sofía Sagüés: "Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como tribunal constitucional en la tutela de los derechos humanos. Proyecciones de la doctrina de Lawrence vs. Texas", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México: Porrúa, 2004, n.º 1, pp. 205 ss.

en anterior oportunidad, y allí nos remitimos.[22] Baste recordar aquí que para tales concepciones la Constitución no es ni un testamento político del poder constituyente ni una estatua jurídica, sino algo móvil, cambiante y vivo, cuyo contenido varía en función de las creencias y valoraciones sociales del presente.

En términos muy breves, y de aceptarse esta visión ultradinámica de la Constitución, podría decirse que el cambio operado por la jurisdicción constitucional por vía de interpretación mutativa logra aprobación si cuenta con una fuerte fundamentación axiológica de extrema justicia que lo exige, o cuando proyecta en su sentencia creencias y valoraciones sociales con un muy alto grado de consenso y que, simultáneamente, resultan satisfactorias desde el ángulo de la justicia. Además, desde luego, tendrá que satisfacerse el requisito de *practicabilidad* material del cambio que se postula, al que ya hemos hecho referencia.

d. *Cambios operados por aplicación del derecho internacional.* La legitimación de este operativo reformista deriva del principio del *efecto útil (effet utile)* de los tratados internacionales de derechos humanos e insertado, por ejemplo, en el artículo 2.º del Pacto de San José de Costa Rica. En estos supuestos, la jurisdicción constitucional no hace sino efectivizar el derecho internacional incorporado al ámbito local por voluntad del propio Estado.

Esta exigencia deriva tanto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (que, como regla, impide al Estado local esgrimir normas domésticas para eximirse del cumplimiento de sus obligaciones internacionales, todo con base en los principios internacionalistas del *pacta sunt servanda* y de la *bona fide*) como de la doctrina del principio de convencionalidad, establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas dos consecuencias principales son: 1) los jueces nacionales deben inaplicar las reglas internas opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Pacto; 2) los mismos jueces locales deben interpretar y hacer funcionar el derecho nacional, incluido el constitucional, conforme a dicho Pacto y jurisprudencia de la Corte Interamericana.[23]

Ahora bien: cabe reconocer, igualmente, que a menudo tales instrumentos internacionales, redactados con un lenguaje diplomático críptico y elusivo, no son los ideales para detectar directrices claras. Valga un ejemplo: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (1966), que después de reconocer a toda persona un nivel de vida adecuado, incluyendo alimentación, vestido y

---

[22] Respecto de la interpretación constitucional mutativa y la doctrina de la constitución viviente, véase Néstor Pedro Sagüés: *La interpretación judicial de la Constitución,* o. cit., pp. 45-46, 75-76, y Néstor Pedro Sagüés: "Sobre el concepto de constitución viviente", en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, año I n.º 1, 2000, pp. 58 ss.

[23] Cf. Juan Carlos Hitters: "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)", en *Revista Peruana de Derecho Público*, Lima: Grijley, 2008, n.º 17 p. 133 ss.; Néstor Pedro Sagüés: "El control de convencionalidad, con particular referencia a las constituciones nacionales", en *La Ley*, Buenos Aires, 2009-B-271, y Néstor Pedro Sagüés: "Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano", en *La Ley,* Buenos Aires, 11/8/2010, pp. 1 ss.

vivienda, y al más alto nivel de salud física y mental (artículos 11 y 12), con el compromiso de los estados de adoptar medidas para así lograrlo, determina que tal obligación se ejercerá hasta el máximo de los recursos de que disponga, y progresivamente. La discusión en torno a qué significa en concreto *recursos disponibles* y el grado de *progresividad* en la vigencia del derecho puede ser interminable.

6. Un tope material (y jurídico-político). El presupuesto del Estado y su equilibrio. Alternativas

Hay cambios sociales que para el Estado pueden resultar gratuitos, o casi gratuitos, en términos económicos. Por ejemplo, la ya citada nivelación entre hijos legítimos y naturales arbitrada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, o la integración entre niños negros y blancos en las escuelas. Pero hay otros, en particular referidos al acceso a la vivienda, salud, vida y educación, que sí repercuten en las finanzas públicas, y de modo relevante. Aparece así la problemática del quiebre del presupuesto por la magistratura constitucional, máxime si la Constitución dispone, al estilo del artículo 176 de la de Costa Rica, por ejemplo, que no podrán autorizarse gastos sin el correspondiente ingreso probable.

El argumento para impedir ese quiebre es que el presupuesto ha sido aprobado por los representantes del pueblo (los legisladores), y que la asignación de partidas para salud, alimentación gratuita, medicamentos y atención médica, vivienda, becas, etcétera, responde a necesidades sociales medidas, valoradas, concordadas global y armónicamente, según indicadores de urgencias y de posibilidades, y aprobadas por tales representantes, con la responsabilidad política del caso, en leyes del Estado que, como tales, abordan una facultad privativa del Congreso y que gozan de presunción de constitucionalidad.

Por otro lado, se apunta que los magistrados judiciales carecen habitualmente de una visión de conjunto de la problemática económico-financiera del Estado, que no son idóneos para desarticular el entramado complejo de cálculos, recursos y erogaciones que refleja la ley de presupuesto, y que el hecho de disponer (judicialmente) que se satisfaga un derecho de un modo diferente al contemplado por el presupuesto no es una tarea tan fácil, puesto que habrá que imaginar de qué recursos concretos se obtendrán los fondos para satisfacer los gastos respectivos ordenados por la judicatura (so pena, de no hacerlo así, de desatar una verdadera cacería judicial para encontrar, embargar y disponer dichos fondos en cualquier otro lado del presupuesto, con el consiguiente desorden y desarticulación en las finanzas públicas, además de la muy posible insatisfacción de otras actividades, o incluso de remuneraciones y de otros derechos que también pueden ser relevantes, perjudicados por la captación judicial de montos dinerarios a la que hacemos referencia).

La respuesta a estos interrogantes tiene distintas facturas. Dejando de lado aquellas cortes que han entendido que si no hay partida presupuestaria la jurisdicción constitucional nada puede hacer (lo que equivale a sostener que si no hay dinero previsto

para el goce del derecho no hay derecho, tesis cada vez menos convincente y menos legítima), algunos tribunales constitucionales han concluido que para la cobertura de ciertos derechos fundamentales (o *fundamentalísimos*, si se prefiere, vinculados con el *mínimo existencial* de las personas),[24] el Estado no puede alegar indefinidamente la falta de partidas presupuestarias, y prefieren correr el riesgo del *mal menor:* requerir los montos del caso, aun a riesgo de la fractura y desequilibrio del presupuesto. Esto último se decide judicialmente, en este caso, no por *hobby* o por diletantismo de la jurisdicción constitucional, sino para cumplir con la Constitución.

Otra alternativa, más mesurada, es dilatar el goce del derecho en juego, emitiendo una sentencia exhortativa a quien corresponda (verbigracia, al Poder Legislativo, pero también al Ejecutivo), para que en cierto plazo adopte las provisiones para atender presupuestariamente el goce del derecho fundamental en juego, requiriendo además que informe al tribunal sobre cómo la exhortación ha sido efectivamente cumplida, cosa que se valorará en una segunda sentencia, de tipo diferido. La propuesta merece aplauso, ya que respeta tanto el principio de división de los poderes como el de vigencia de los derechos humanos y constitucionales, pero debe tenerse en cuenta que ciertos derechos requieren una atención inmediata, *hoy,* y que en esos casos un fallo exhortativo a futuro puede ser notoriamente ineficaz. En tal hipótesis, habría que retomar la ruta del goce inmediato del derecho, mediante la tesis, ya descrita, del *mal menor*.

7. Conclusiones

El desempeño de la magistratura constitucional como agente convalidante o promotor de cambios sociales es un fenómeno cada vez más frecuente en la realidad contemporánea, auspiciado tanto por posturas doctrinarias como por exigentes reclamos de la comunidad, que hoy impetra ante los tribunales reclamos desoídos en el ámbito de los otros poderes del Estado.

El detraimiento de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, la intensa motorización de la Constitución mediante una gimnasia procesal constitucional cada vez más intensa, el derrumbe de la doctrina que distingue entre cláusulas constitucionales programáticas y operativas, y el decidido ataque a la inconstitucionalidad legislativa por omisión explican que los jueces constitucionales incursionen hoy en las políticas gubernativas, casi siempre para tutelar derechos constitucionales expresos y no enumerados.

El comportamiento de la jurisdicción constitucional como agente de cambio social es muy explicable cuando se trata de efectivizar directrices constitucionales claras, o reglas provenientes, igualmente claras, cuando las hay, del derecho internacional de los

[24] M. Figueiredo (2009): "El control de las políticas públicas por el Poder Judicial en Brasil", en *Revista Peruana de Derecho Público*, o. cit., pp. 87 ss., esp. pp. 117-119. Al principio de resguardo del mínimo existencial se opone algunas veces, observa el autor, el de "reserva de lo posible", por el Estado.

derechos humanos. Tiene que cubrir más exigencias si se trata de ejecutar derechos no emergentes directamente del texto constitucional, sino producto del desarrollo constitucional realizado por la misma jurisdicción constitucional (caso, verbigracia, de los derechos constitucionales no enumerados), donde ejercita, en verdad, papeles constituyentes por encomienda de la propia Constitución.

De todos modos, si la Constitución condiciona la aplicación de determinados derechos o cambios a la concurrencia de determinados factores y a decisiones previas, por ejemplo, del Poder Legislativo, el operador jurisdiccional, para sortear este recaudo, deberá poner en marcha la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión, respecto de la medida legislativa ausente.

Un cuarto escenario es el de los cambios sociales auspiciados por la judicatura mediante una interpretación mutativa que cambia el contenido del diseño constitucional preexistente. Puede haber fuertes razones de justicia, y también transformaciones en las creencias y valoraciones sociales, también justas y con un muy relevante grado de consenso, que justifiquen un modo judicial de entender a la Constitución diferente al tradicional, y así visualizar hoy ciertos derechos de modo distinto al de ayer, con el consecuente impacto en las transformaciones sociales. Pero cabe también auscultar el orden de las realidades, y no enunciar derechos imposibles. Cabe cumplir, sin dudas, con el test de la practicabilidad. La interpretación previsora o consecuencialista de la Constitución es una buena herramienta para huir de principismos utopistas o delirantes: el fundamentalismo perjudica de igual modo a posiciones ancladas tercamente en el pasado o a las aventuradas locamente en un edén inasible, tan futuro como fantasioso. Talibanes, por cierto, hay en todos lados, y en cualquiera de ellos son tan intransigentes como peligrosos.

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
Instrucciones para la presentación de los trabajos

1. Los artículos estarán escritos en español o portugués. En caso contrario, se deberá acordar oportunamente con la Redacción del **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano** la posibilidad de una traducción.

2. Se acompañarán de un **resumen** de hasta 900 caracteres con espacios (150 palabras) y, si se desea, una sugerencia de **palabras clave**.

3. La Redacción del **Anuario** determinará qué material será publicado. La decisión se comunicará oportunamente a cada autor.

4. El material enviado debe ser original e inédito. Si luego de publicado en el **Anuario** se desea reproducirlo en otro medio, deberá dejarse constancia de la primera publicación.

5. Los artículos se enviarán en formato electrónico (archivo de Word o compatible) a **Ius.Montevideo@kas.de** o bien a **Plaza Cagancha 1356 of. 804, 11100 Montevideo**, a nombre de **Christian Steiner**.

6. La extensión de los trabajos, en principio, no superará los **40.000 caracteres** (aproximadamente 15 páginas del **Anuario**). La Redacción considerará las situaciones excepcionales.

7. La página 1 contendrá la siguiente información:
    a. Nombre del autor.
    b. Referencia curricular de hasta 30 palabras.
    c. Dirección electrónica (que se publicará).
    c. Título del artículo.
    d. Los agradecimientos, aclaraciones o comentarios sobre el origen del texto se incluirán en nota a pie de página junto al título del artículo.
    f. Dirección postal para el envío de los ejemplares al autor.

8. Para los títulos internos se empleará la numeración decimal (*1, 1.1, 1.1.1*). Es aconsejable que no haya más de *tres* niveles de títulos internos.

9. No es conveniente usar la numeración automática de títulos y apartados, porque puede dar lugar a errores en la etapa de diagramación. Por el mismo motivo conviene evitar las referencias cruzadas.

11. Las mayúsculas se emplearán de acuerdo con las normas ortográficas: al comienzo de cada oración y en los nombres propios. En particular, se escribirán con minúscula los nombres de los meses y días de la semana (*noviembre, lunes*), los cargos, títulos y dignidades, excepto cuando aparezcan abreviados (*magistrado, fiscal, doctor*), así como los nombres *genéricos* de entidades de cualquier clase y jerarquía (*un juzgado de primera instancia, los tribunales constitucionales*).

10. Las **citas bibliográficas** podrán incluirse en las notas al pie o bien utilizar el sistema autor-fecha (o de Harvard) con las referencias en una bibliografía al final. En las notas al pie se usará el orden *nombre-apellido* del autor, en mayúscula y minúscula, porque es de más fácil lectura que el orden inverso y ahorra puntuación.

    Las citas bibliográficas contendrán los siguientes elementos:

    a. **Libros:** Nombre y apellido del autor; título del libro (en cursiva); editorial; ciudad; año de publicación (si la edición empleada no es la primera, conviene indicarlo).

        Ejemplo:

        Thomas Hobbes: *Leviatán*, Madrid: Alianza Universidad, 1993 (1651).

    b. **Artículos o capítulos de libros:** Nombre y apellido del autor; título del artículo o capítulo (entre comillas); nombre y apellido del editor o compilador, si corresponde; título del libro (en cursiva); editorial; ciudad; año de publicación.

        Ejemplo:

        Douglas Durán Chavarría: "Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad", en Mauricio González Oviedo y Carlos Tiffer Sotomayor (comps.): *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, San José: Unicef, 2000.

    c. **Artículos de publicaciones periódicas:** Nombre y apellido del autor; título del artículo; nombre de la revista o periódico; número; institución editora y/o ciudad (si resultan necesarios para identificar la publicación); fecha.

        Ejemplo:

        Patricia Laurenzo Copello: "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", en *Jueces para la Democracia*, n.º 34, Madrid, 1999.

d. **Recursos de Internet:** Nombre y apellido del autor (si el texto está firmado); si se trata de una parte de una obra mayor, nombre de la parte (entre comillas); nombre del sitio web o de la obra (en cursiva); dirección electrónica (entre comillas angulares o signos de menor y mayor); fecha de consulta.

Ejemplo:

Ariel Dulitzky: "La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell", en *Equipo Nizkor. Derechos humanos en América Latina*, ‹http://www.derechos.org/koaga/vii/dulitzky.html› (18/2/2004).

e. En las **bibliografías** se utilizarán los mismos datos, anteponiendo el apellido al nombre del autor.

Ejemplo:

Dulitzky, Ariel: "La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell", en *Equipo Nizkor. Derechos humanos en América Latina*, ‹http://www.derechos.org/koaga/vii/dulitzky.html› (18/2/2004).

Durán Chavarría, Douglas: "Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad", en Mauricio González Oviedo y Carlos Tiffer Sotomayor (comps.): *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, San José: Unicef, 2000.

Hobbes, Thomas: *Leviatán*, Madrid: Alianza Universidad, 1993 (1651).

Laurenzo Copello, Patricia: "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", en *Jueces para la Democracia*, n.º 34, Madrid, 1999.

f. Cuando la publicación citada tenga más de tres autores, se usará el nombre del que figure en primer lugar, seguido de la expresión *et al.* o *y otros*. El término *autores varios* no ayuda a localizar la obra, propósito de las referencias bibliográficas.

La Fundación Konrad Adenauer es una fundación política alemana independiente y sin fines de lucro. Está sujeta a los principios del movimiento demócrata-cristiano. La cooperación internacional es, por tradición, uno de los campos prioritarios de su labor.

La Fundación Konrad Adenauer apoya la unificación europea, promueve el entendimiento internacional y la cooperación al desarrollo. Lleva a cabo eventos de formación política, elabora análisis científicos que sirven de base para la gestión política, otorga becas a personas talentosas e investiga la historia del movimiento demócrata-cristiano.

Junto con las 14 oficinas nacionales de la Fundación Konrad Adenauer repartidas por todo el continente latinoamericano que concentran su trabajo en los respectivos países, existen varios programas regionales. Uno de ellos es el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, con sede en México DF y en Montevideo, dirigido ante todo a juristas y políticos dedicados al área del derecho.