

HANDEL MARTINS DIAS  
ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO  
EDUARDO ANDRÉS VELANDIA CANOSA  
Organizadores



**IV Congresso Mundial**  
de Justiça Constitucional

# **ANAIS DO IV CONGRESSO MUNDIAL DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL**

**Justiça Constitucional e os Direitos  
Fundamentais de Terceira Dimensão**

**VOLUME 4**



**ANAIS DO IV CONGRESSO MUNDIAL  
DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL  
VOLUME 4**



**DIALÉTICA**  
EDITORA

## CONSELHO EDITORIAL

---

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia

André Luís Vieira Elói

Bruno de Almeida Oliveira

Bruno Camilloto Arantes

Bruno Valverde Chahaira

Cintia Borges Ferreira Leal

Flavia Siqueira Cambraia

Frederico Menezes Breyner

Jean George Farias do Nascimento

José Carlos Trinca Zanetti

José Luiz Quadros de Magalhães

Leonardo Avelar Guimarães

Ligia Barroso Fabri

Luiz Carlos de Souza Auricchio

Marcelo Campos Galuppo

Marcos Vinício Chein Feres

Maria Walkiria de Faro C. G. Cabral

Marilene Gomes Durães

Rafael Alem Mello Ferreira

Rafael Vieira Figueredo Sapucaia

Rayane Araújo

Régis Willyan da Silva Andrade

Renata Furtado de Barros

Robson Araújo

Rogério Nery

Vitor Amaral Medrado

**HANDEL MARTINS DIAS  
ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO  
EDUARDO ANDRÉS VELANDIA CANOSA**  
Organizadores



**IV Congresso Mundial**  
de Justiça Constitucional

# **ANAIS DO IV CONGRESSO MUNDIAL DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL**

**Justiça Constitucional e os Direitos  
Fundamentais de Terceira Dimensão**

**VOLUME 4**



Copyright © 2020 by Editora Dialética Ltda.  
Copyright © 2020 by Handel Martins Dias, Anizio Pires Gavião Filho, Eduardo  
Andrés Velandia Canosa.

Todos os direitos reservados

**Capa:** Giovana Acciarini  
**Diagramação:** Giovana Acciarini

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A532c Anais do IV Congresso Mundial de Justiça Constitucional : justiça constitucional e os direitos fundamentais de terceira dimensão / organização Handel Martins Dias, Anizio Pires Gavião Filho, Eduardo Andrés Velandia Canosa. – Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.  
368 p. – (Coleção ; v. 4)

Inclui bibliografia.  
ISBN 978-65-5877-455-6

1. Justiça Constitucional. 2. Direitos Fundamentais. 3. Terceira Dimensão. I. Dias, Handel Martins. II. Gavião Filho, Anizio Pires. III. Canosa, Eduardo Andrés Velandia. IV. Série.

CDD 323


CDU 342.7

Ficha catalográfica elaborada por Mariana Brandão Silva CRB-1/3150



**DIALÉTICA**  
EDITORA

 /editoradialetica

 @editoradialetica

[www.editoradialetica.com](http://www.editoradialetica.com)



CONSELHO ADMINISTRATIVO  
**Fábio Roque Sbardello** - Presidente  
**Luciano de Faria Brasil** - Vice-Presidente  
**Gilberto Thums** - Secretário  
**Alexandre Lipp João** - Representante do Corpo Docente

DIREÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO  
Gilberto Thums

COORDENADOR DO CURSO DE MESTRADO EM DIREITO  
Anizio Pires Gavião Filho

COORDENADOR DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO  
Luis Augusto Stumpf Luz

CONSELHO EDITORIAL  
Anizio Pires Gavião Filho  
Fábio Roque Sbardello  
Guilherme Tanger Jardim  
Luis Augusto Stumpf Luz





ASSOCIAÇÃO MUNDIAL DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

COMITÊ EXECUTIVO

**Eduardo Andrés Velandia Canosa**  
Presidente

**Patricio Maraniello**  
Vice-Presidente Geral

**Luis-Andrés Cucarella Galiana**  
Vice-Presidente para a Europa

**Nelson Arturo Ovalle Díaz**  
Vice-Presidente para a América Anglo-Saxônica

**Vicente Fernández Fernández**  
Vice-Presidente para a América Central e América do Norte

**Handel Martins Dias / Pablo Darío Villalba Bernié**  
Vice-Presidentes para a América do Sul

**Alfonso Jaime Martínez Lazcano**  
Vice-Presidente de Pesquisa

**René Moreno Alfonso**  
Secretário-Geral

**Alinne Cardim Alves**  
Secretária-Adjunta

**Diana Johanna Beltrán Grande**  
Tesoureira e Diretora Executiva





# SUMÁRIO

## CAPÍTULO IX - GARANTIAS PROCESSUAIS PARA A PROTEÇÃO DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS | 13

AMPARO EUROPEO Y PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DEL DERECHO AL MATRIMONIO (NUEVOS DERECHOS Y ACCESO AL MATRIMONIO) | 15

- Luis-Andrés Cucarella Galiana

O IRDR DIANTE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL | 41

- Luiz Guilherme Marinoni

GARANTÍAS PROCESALES PARA LA PROTECCIÓN DE LAS TIERRAS ANCESTRALES DE LA PROPIEDAD COLECTIVA INDÍGENA | 59

- Alfonso Jaime Martínez Lazcano

A ATUAÇÃO DO AMICUS CURIAE COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA NA FORMAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS | 73

- Gisele Mazzoni Welsch

JUSTICIA CONVENCIONAL Y DERECHO PROCESAL: COMPLEJIDADES | 89

- Pablo Dario Villalba Bernié

ATIVISMO JUDICIAL SOB A PERSPECTIVA DA SEMIÓTICA E HERMENÊUTICA JURÍDICA | 111

- Antonio Celso Baeta Minhoto e Wallace Ricardo Magri

DA ESPECIFICIDADE NORMATIVA DO DECRETO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA PROCEDIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL | 131

- Mauricio Martins Reis e Handel Martins Dias

ANÁLISE DO EFEITO VINCULANTE DA DECISÃO DO INCIDENTE  
DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA | 141

- Lia Sarti

A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA NO INCIDENTE DE  
ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA | 167

- Thomás Henrique Welter Ledesma

RELATÓRIO DO PAINEL GARANTIAS PROCESSUAIS PARA  
PROTEÇÃO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS | 185

- Ana Paula Oliveira Ávila

## **CAPÍTULO X - JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E OS LITÍGIOS ESTRUTURAIS | 191**

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LOS LITIGIOS  
ESTRUCTURALES | 193

- Patricio Maraniello

DEMOCRACIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS, JURISDIÇÃO:  
TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO | 209

- Anizio Pires Gavião Filho

INEFICACIA DEL MODELO INTERAMERICANO DE  
PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS. ANÁLISIS Y  
PROPUESTAS | 227

- Vicente Fernández Fernández e Marcela Albiter Camacho

ACESSO À JUSTIÇA E PROCESSOS ESTRUTURAIS | 253

- João Paulo Kulczynsk Forster

OMISIÓN LEGISLATIVA: MEDIO DE PROTECCIÓN DE  
DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO | 271

- Alfonso Jaime Martínez Lazcano e Hugo Carrasco Soulé

LA PROPIEDAD INDÍGENA Y EL DIÁLOGO ENTRE LA  
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y  
LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES: ANÁLISIS DEL  
CASO CHILENO | 293

- Felipe Ignacio Paredes Paredes

LA TEORÍA DE LOS ESPACIOS DOGMÁTICOS Y LA  
JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: UN ANÁLISIS DE LAS  
DECISIONES CONVENCIONALES Y CONSTITUCIONALES  
SOBRE EL DERECHO AL MATRIMONIO HOMOSEXUAL | 313

- Pietro Cardia Lorenzoni


PRUEBAS NEUROCIENTÍFICAS Y DERECHOS HUMANOS:  
ESTUDIO PRELIMINAR DE LAS TENSIONES Y CONTROVERSIAS  
DENTRO DE LOS PROCESOS JUDICIALES | 341

- Fernando Luna Salas

RELATÓRIO DO PAINEL JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E OS  
LITÍGIOS ESTRUTURAIS | 361

- Maurício Martins Reis





**CAPÍTULO IX**  
**GARANTIAS PROCESSUAIS PARA**  
**A PROTEÇÃO DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS**



# AMPARO EUROPEO Y PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DEL DERECHO AL MATRIMONIO (NUEVOS DERECHOS Y ACCESO AL MATRIMONIO<sup>1</sup>)

LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA<sup>2</sup>

## 1 - DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN

El objetivo que nos marcamos en este trabajo es analizar el avance y reconocimiento de nuevos derechos en el ámbito del sistema europeo de protección de derechos humanos. En concreto, vamos a prestar atención al análisis de algunos casos significativos resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>3</sup>, en relación con artículo 12 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950<sup>4</sup>. Somos conscientes de que hay muchas materias o cuestiones en las que vale la pena detenerse. No obstante, por motivos de espacio y para acotar la investigación, como hemos indicado, haremos referencia al estudio de la cuestión señalada.

En concreto, el artículo 12 CEDH dispone que “a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”. En las páginas que siguen, vamos a ver cómo el TEDH ha delimitado el alcance de los dos derechos reconocidos en el artículo 12 CEDH, a saber, el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia. Al respecto, analizaremos aspectos tan significativos como el relativo al acceso al matrimonio de las personas transexuales y el de las personas homosexuales.

No obstante, antes de analizar la interpretación que se hace el artículo señalado, vamos a fijar las características generales del sistema

- 1 Ponencia presentada en el IV Congreso Mundial de Justicia Constitucional de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, celebrado en Porto Alegre (Brasil), los días 28 a 30 de agosto de 2019.
- 2 Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de València, España. Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia (Italia) y Valencia (España). Vicepresidente para Europa de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, miembro de la Asociación Brasileña de Justicia Constitucional.
- 3 A partir de ahora TEDH.
- 4 A partir de ahora CEDH.



europé de protección de derechos humanos. En concreto, analizando el momento histórico en que surge, así como el contexto normativo delimitador del reconocimiento de los derechos humanos.

## 2 - COORDENADAS GENERALES RELATIVAS AL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

### 2.1 - MOMENTO HISTÓRICO EN QUE SURGE

Al término de la segunda guerra mundial, los diferentes Estados europeos entraron en un proceso de reflexión y revisión de sus ordenamientos jurídicos con el objeto de garantizar una efectiva protección de los derechos fundamentales<sup>5</sup>. Muchas habían sido las violaciones que se habían producido y que condujeron al estallido de la II guerra mundial. Al término de la misma, se adquirió la conciencia de que debían articularse los mecanismos necesarios para que esas violaciones no se repitiesen, o en el caso en que tuvieran lugar, que hubiera instrumentos efectivos para la protección y tutela de los derechos de la persona<sup>6</sup>.

Son dos básicamente, los frentes que se abrieron y que nos permiten exponer de manera sistemática las ideas que queremos transmitir. En concreto, en primer lugar, nos referimos a la necesaria protección de los derechos fundamentales en el ámbito interno de cada uno de los Estados.

Es cierto que de acuerdo con la concepción liberal burguesa que había inspirado la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, los jueces estaban llamados a tener muy poca incidencia en el juego político. De acuerdo con esta concepción los jueces debían quedar limitados a resolver los conflictos de derecho privado y a imponer las penas correspondientes en los casos de realización de conductas delictivas<sup>7</sup>. Quedaba

5 Véase sobre estas consideraciones, RODRÍGUEZ, A., *Integración europea y derechos fundamentales*. Civitas. Madrid, 2001; RIPOL CARULLA, S., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*. Atelier, Barcelona, 2007, pp. 17-20.

6 Como indica MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas española y europeas. Cuadernos Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 29, en la que pone de manifiesto la necesidad de limitar el poder de los Estados frente a los diferentes tipos de abusos y violaciones de los derechos que se habían producido.

7 Sobre la misma, MONTESQUIEU, C. L., *El espíritu de las leyes*. Ediciones Istmo 2002.

fuera del ámbito de actuación jurisdiccional, por ejemplo, el control de legalidad de los actos de la Administración pública, o el control de constitucionalidad de las normas<sup>8</sup>. Con el tiempo, el papel de la Jurisdicción se dignificó y se equiparó al de los otros dos poderes del Estado en lo que a incidencia en el juego político se refiere. Pues bien, una vez que se consiguen asentar esas ideas, surgió inmediatamente a continuación la reflexión de cuál es el papel o la función de la Jurisdicción en un Estado democrático y de Derecho. Y en este sentido, no cabe ninguna duda de que el rol de los jueces es juzgar, entendida esa labor como la de aplicar el Derecho al caso concreto, de manera irrevocable y por vía de heterotutela. Ahora bien, hay una serie de materias que pertenecen al núcleo duro e irreductible de lo que es labor jurisdiccional, y en ese ámbito, principalmente, está la protección de los derechos fundamentales<sup>9</sup>.

---

Es verdad que esta teoría se formuló con el objeto de repartir el poder y garantizar la libertad. Para ello, era preciso despojar al monarca del poder absoluto y repartirlo. El reparto se pretendía llevar a cabo de la siguiente manera: el poder ejecutivo quedaba en manos del monarca y su gobierno; el poder legislativo, en manos de la burguesía que estaría representada en el parlamento, y el poder judicial, en manos del pueblo que actuaría a través de tribunales ocasionales que se constituirán para el enjuiciamiento de hechos criminales y para la resolución de controversias privadas (ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con BONET NAVARRO, J.; MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A.). Aranzadi, 8ª edición, 2018, pp. 73-75.

Si aparentemente puede entenderse que hay un reparto equitativo del poder, subrayamos dos aspectos que consideramos esenciales. Por un lado, nótese que mientras los poderes ejecutivo y legislativo son permanentes, el judicial no lo es, pues los tribunales populares se constituirían ocasionalmente. Por otro lado, el ámbito de actuación del poder judicial queda limitado a esas dos facetas a las que me nos hemos referido. Como ya hemos subrayado, ni controla los actos del poder ejecutivo, ni las leyes emanadas del parlamento. Esta teoría, en su aplicación práctica, condujo a que el poder judicial partiera de una situación de inferioridad en relación con los otros poderes del Estado, y a la larga, aun cuando la labor jurisdiccional pasara a ser asumida por jueces profesionales y no por jueces legos, esa situación de inferioridad permitió que el poder ejecutivo acabara apoderándose del poder judicial

- 8 Hay que esperar a principios del siglo XX para que tengan lugar las primeras discusiones teóricas sobre los aspectos relativos a control de constitucionalidad de las leyes en Europa. En las mismas, encontramos dos posiciones claramente diferenciadas. Véase, SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución*. Tecnos, Madrid 1983, pp. 225-250; KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. Universidad Nacional Autónoma de México (TAMAYO Y SALMORÁN, R., traductor), México 2001, pp. 55-56.
- 9 En el ámbito de este núcleo duro, también deben incluirse los supuestos en los que

Ésta es la razón que lleva a los diferentes textos constitucionales a llevar a cabo una proclamación de los derechos fundamentales<sup>10</sup>, surgiendo la necesidad de buscar mecanismos procesales adecuados para la protección de aquellos ante la Jurisdicción ordinaria, y en su caso, ante la constitucional.

El otro frente que consideramos digno de atención y que se abre en el momento histórico al que nos referíamos más arriba, es el internacional. Y en este contexto, es donde surgió el Consejo de Europa<sup>11</sup> y su órgano jurisdiccional, el TEDH.

## 2.2 - ES UN SISTEMA IMPULSADO POR EL CONSEJO DE EUROPA

Hemos señalado anteriormente, que el fin de la segunda guerra mundial supuso la concienciación de que era preciso articular algún mecanismo supranacional para la protección de los derechos fundamentales. Se pretendía ir más allá del límite territorial de las fronteras nacionales, para fijar un verdadero mecanismo supranacional de protección de los derechos<sup>12</sup>. En ese contexto, fueron esenciales las labores que se llevaron

---

sea preciso llevar a cabo una limitación “justificada y necesaria “de un derecho fundamental. Téngase en cuenta que si bien un Estado de Derecho debe ofrecer una adecuada protección de este tipo de derechos, en ocasiones, razones justificadas como puede ser la investigación de hechos criminales, o la protección del interés de determinadas personas, puede justificar que los jueces puedan tomar decisiones limitativas de los derechos fundamentales.

En el ámbito del primer supuesto al que nos hemos referido hay que englobar, por ejemplo, las decisiones judiciales limitativas del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, o al secreto de las comunicaciones.

En el ámbito del segundo supuesto que hemos puesto de manifiesto, entraría la limitación del derecho fundamental a la integridad física de una persona, cuando un juez autoriza la esterilización de un enfermo mental, con el objetivo de proteger a una persona. Sabemos que el ejemplo que ponemos puede ser controvertido. Pero nos referimos los casos en que un enfermo mental sea incapaz de autodeterminarse sexualmente y por lo tanto, no pueda asumir las obligaciones derivadas del hecho de ser padre o madre. O también, nos estamos refiriendo a los casos en que un eventual embarazo pudiera implicar un agravamiento en la enfermedad mental que padece esa persona, o que por la medicación tomada por el enfermo mental, pudiera malograrse el feto o producirse graves malformaciones. Estas cuestiones están tratadas de manera más extensa en CUCARELLA GALIANA, L. A., *Incapacitación, tribunales y esterilización de disminuidos psíquicos*. La Ley. Madrid 2012.

10 En este sentido, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *op. cit.* p. 31, habla del “compromiso de las Constituciones con los derechos fundamentales”.

11 A partir de ahora CE.

12 Sobre el proceso de formación del CE, LINDE, E.; ORTEGA, L. I.; SÁNCHEZ

a cabo para la creación del CE, cuyo Estatuto está hecho en Londres con fecha 5 de mayo de 1949<sup>13</sup>.

Los trabajos preparatorios comenzaron en el Congreso de La Haya de 1948 y en él intervinieron una veintena de países europeos. Son varias las resoluciones adoptadas, pero en lo que nos interesa, se tomó la decisión de crear “una unión económica y política con el fin de garantizar la seguridad, la independencia económica y el progreso social, la convocatoria de una asamblea consultiva elegida por los parlamentos, la elaboración de una carta europea de derechos humanos y de un tribunal para aplicar sus decisiones”. Sin embargo, el enfrentamiento político e ideológico entre los países orientales y occidentales de Europa, determinó que los primeros, quedaran descolgados de este proceso.

El 5 de mayo de 1949, en Londres, tuvo lugar la firma del tratado constitutivo del CE. Son diez los países que lo firmaron: los Reinos de Bélgica, Dinamarca; Países Bajos; Noruega; Suecia y Gran Bretaña e Irlanda del Norte, así como las Repúblicas francesa, irlandesa y el Gran Ducado de Luxemburgo. A día de hoy, son un total de cuarenta y siete países europeos los que forman parte del CE<sup>14</sup>.

La finalidad del CE aparece claramente expresada en el artículo 1 ECE. Así, en la letra *a*) del mismo se subraya que la misma “consiste en realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social<sup>15</sup>”. Como se indica a

---

MORÓN, M., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos. Estudio de la Convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., coordinador). Civitas, Madrid, 1979, pp. 55-64.

13 A partir de ahora ECE.

14 Así, a los diez a los que nos hemos referido anteriormente, hay que sumar los que siguen: Albania, Armenia, Andorra, Austria, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, república Checa, Estonia, Finlandia, Georgia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Latvia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, república de Moldavia, Mónaco, Montenegro, Polonia, Rumanía, Federación Rusa, San Marino, Serbia, República eslovaca, Eslovenia, España, Suiza, Macedonia, Turquía y Ucrania. Tienen la condición de Estados observadores, la Santa Sede, Canadá, México, Estados Unidos de Norteamérica, Israel y Japón.

15 En este contexto, creemos que deben tenerse presentes las palabras que preceden al articulado del ECE, pues claramente se subraya la finalidad que se persigue. Así, se afirma que “convencidos de que la consolidación de la paz, basada en la justicia y la cooperación internacional, es de interés vital para la preservación de la sociedad humana y de la civilización;  
Reafirmando su adhesión a los valores espirituales y morales que son patrimonio co-

continuación en la letra *b*), esta finalidad se pretende alcanzar “a través de los órganos del Consejo, mediante el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

Pues bien, en el ámbito de esos acuerdos a los que se refiere este artículo, haremos referencia posteriormente al Convenio con el que se creó el TEDH, pues ya adelantamos al lector, que el ECE que estamos estudiando, no contempla la existencia de dicho tribunal<sup>16</sup>.

Para alcanzar los objetivos de la protección real y efectiva de los derechos humanos, el artículo 3 ECE añade que “cada uno de los Miembros del Consejo de Europa reconoce el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su Jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y se compromete a colaborar sincera y activamente en la consecución de la finalidad definida en el capítulo primero”.

Son miembros del CE, cada uno de los Estados a los que nos hemos referido anteriormente. El ECE distingue entre miembros plenos<sup>17</sup> y

---

mún de sus pueblos y la verdadera fuente de la libertad individual, la libertad política y el imperio del Derecho, principios sobre los cuales se funda toda auténtica democracia. Persuadidos de que para salvaguardar y hacer que se realice progresivamente este ideal y en interés del progreso social y económico, se impone una unión más estrecha entre todos los países europeos animados de los mismos sentimientos; Considerando que, para responder a esa necesidad y a las aspiraciones manifiestas de sus pueblos, a partir de este momento se requiere crear una organización que agrupe a los Estados europeos en una asociación más íntima.

Han decidido, en consecuencia, constituir un Consejo de Europa, compuesto de un Comité de representantes de los Gobiernos y de una Asamblea Consultiva, y con tal propósito han adoptado el presente Estatuto”.

16 El art. 1 incluye otras dos letras. En la letra *c*) se dispone que “la participación de los Miembros en los trabajos del Consejo de Europa no debe alterar su contribución a la obra de las Naciones Unidas y de las restantes organizaciones o uniones internacionales de las que forme parte”. Por su parte, la letra *d*) establece que “los asuntos relativos a la defensa nacional no son de competencia del Consejo de Europa”.

17 Debe tenerse presente que el art. 4 ECE dispone que “cualquier Estado europeo, considerado capaz de cumplir las disposiciones del artículo 3, y que tenga voluntad de hacerlo, podrá ser invitado por el Comité de Ministros a convertirse en Miembro del Consejo de Europa. El Estado así invitado tendrá la calidad de Miembro tan pronto como se remita en su nombre al Secretario general un instrumento de adhesión al presente Estatuto”.

asociados<sup>18</sup>, estando estos últimos representados solamente en la Asamblea Consultiva o Parlamentaria.

La condición de miembro se puede perder por retirada voluntaria del Estado miembro<sup>19</sup>, o por decisión del Comité de Ministros del CE, cuando se infrinja gravemente lo dispuesto en el artículo 3 del ECE<sup>20</sup>.

Los órganos del CE son el Comité de Ministros y la Asamblea Consultiva o Parlamentaria, estando ambos órganos, asistidos por la Secretaría del Consejo (art. 10 ECE). La sede del CE es Estrasburgo (art. 11 ECE), y sus idiomas oficiales son el francés y el inglés (art. 12 ECE).

### **3 - SE ADOPTA EL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES (ROMA, 4 NOVIEMBRE 1950) COMO INSTRUMENTO NORMATIVO DE RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES**

#### **3.1 - ORIGEN**

En la configuración del sistema europeo de protección de los derechos humanos, no cabe ninguna duda de que debe atenderse necesariamente al CEDH. Este Convenio se abrió a la firma y entró en vigor el 3 de

18 En este sentido, el art. 5 a) dispone que “en circunstancias especiales, un país europeo, considerado capaz de cumplir las disposiciones del artículo 3, y que tenga la voluntad de hacerlo, podrá ser invitado por el Comité de Ministros a hacerse Miembro asociado del Consejo de Europa. Todo país invitado de esta manera tendrá la calidad de Miembro asociado desde el momento en que, en su nombre, le sea remitido al Secretario general un instrumento de adhesión al presente Estatuto. Los Miembros asociados únicamente tendrán derecho a estar representados en la Asamblea Consultiva”.

19 En este sentido, el art. 7 ECE dispone que “cualquier Miembro del Consejo de Europa podrá retirarse del mismo notificando su decisión al Secretario general. La notificación surtirá efecto, al concluir el año financiero en curso, si tuvo lugar en los primeros nueve meses de este año, y al finalizar el año financiero siguiente, si se realizó en los tres últimos meses”.

20 Al respecto, el art. 8 ECE dispone que “el Comité de Ministros del Consejo de Europa podrá dejar en suspenso el derecho de representación del Miembro del Consejo de Europa que infrinja gravemente lo dispuesto en el artículo 3, e invitarle a retirarse en las condiciones previstas en el artículo 7. Si no atiende a dicha invitación, el Comité puede decidir que el Miembro de que se trata ha cesado de pertenecer al Consejo a partir de una fecha que determinará el propio Comité”.

septiembre de 1953, tras ser ratificado por diez Estados<sup>21</sup>. El último párr. de los considerandos que preceden al articulado del CEDH dispone que el objetivo que se persigue con este Convenio sea adoptar “las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal<sup>22</sup>”. Este carácter limitado del ámbito del CEDH ha sido confirmado por el TEDH<sup>23</sup>, al sostener que “el Convenio no protege los derechos humanos en general, sino tan sólo “algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal<sup>24</sup>”.

21 Véase en este sentido, RIPOL CARULLA, S., *op. cit.* p. 20. Los países que ratificaron inicialmente el CEDH fueron: Reino Unido, en el año 1951; Noruega, Suecia y la República Federal de Alemania, en el año 1952; Sarre, Irlanda Grecia, Dinamarca, Islandia y Luxemburgo, en el año 1953.

22 Los Considerandos del CEDH disponen que “considerando que esta declaración tiende a asegurar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos en ellas enunciados;

Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; Reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos que ellos invocan;

Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal”.

23 Sobre este carácter, RODRÍGUEZ, A., *op. cit.* pp. 99-105.

24 Así lo puso de manifiesto, por ejemplo, en su sentencia de 21 de febrero de 1975, caso Golder contra Reino Unido. En el párr. 34 de la misma se afirma que “como establece el artículo 31.2, del Convenio de Viena, el preámbulo de un tratado constituye parte integrante del contexto. Además, el preámbulo es generalmente muy útil en la determinación del objeto y del fin del instrumento que se interpreta.

En el presente caso, el texto más significativo del preámbulo del Convenio Europeo es la declaración de los gobiernos signatarios, declarándose “resueltos, como gobiernos de Estados europeos, animados de un mismo espíritu y poseedores de un patrimonio común de ideales, tradiciones políticas, respeto a la libertad y preeminencias del derecho a adoptar las primeras medidas tendentes a asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal” de 10 de diciembre de 1948.

Para el Gobierno, este párr. ilustra el “proceso selectivo” seguido por los redactores. El Convenio no protege los derechos humanos en general, sino tan sólo “algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal”. Los artículos 1 y 19 irían en este mismo sentido”.

Nótese por lo tanto, que el articulado del CEDH tiene una regulación de derechos que es más limitada que la contenida en la Declaración Universal de los Derechos de 10 de diciembre de 1948. Quedan fuera del ámbito del CEDH, otra serie de derechos que en este primer momento no se consideraron esenciales para garantizar el correcto funcionamiento de las democracias políticas<sup>25</sup>. Como señala la doctrina, lo que se pretendió inicialmente fue el establecimiento de un “estándar mínimo de derechos fundamentales que debía ser respetado por todos los Estados europeos que aspiraran a ingresar en el Consejo de Europa<sup>26</sup>”.

Sin lugar a dudas, este planteamiento va a estar muy presente en la jurisprudencia del TEDH sobre todo al enfrentar cuestiones relativas al matrimonio igualitario a las que más adelante nos vamos a referir.

### 3.2 - CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES RECONOCIDOS

Para la exposición del contenido del CEDH, la doctrina clasifica los derechos del CEDH distinguiendo entre derechos que se reconocen al individuo en tanto que persona, derechos que corresponden al individuo en sus relaciones con los grupos sociales a los que pertenece, y derechos encaminados a permitir que la persona pueda contribuir a la formación de los órganos del Estado y a participar en sus actividades<sup>27</sup>. Sin embargo, nosotros creemos que puede ser más sencillo clasificar los derechos contenidos en el CEDH desde dos puntos de vista. El primero, derechos que se reconocen a la persona en cuanto tal, y por otro lado, derechos que se reconocen al individuo pero vistos desde una perspectiva social<sup>28</sup>.

25 Véase sobre estas consideraciones, RIPOL CARULLA, S., *op. cit.* p. 22 en la que afirma que “este esfuerzo por concentrarse en los <derechos mínimos que son absolutamente indispensables para determinar los principios cardinales del funcionamiento de la democracia política>, supuso renunciar por el momento a la definición y protección de las libertades profesionales y los derechos sociales”.

26 IBIDEM, p. 27.

27 En este sentido, CASSIN, R., *La Déclaration universelle et la mise en oeuvre des Droits de l'homme*. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International vol. 79, 1951-II, pp. 241-365.

Esta sistemática, con referencia al autor que acabamos de señalar utiliza también, RIPOL CARULLA, S., *op. cit.* p. 27.

28 En general, sobre los derechos reconocidos en la CEDH, LINDE, E., *et al, op. cit.* pp. 65-108.



Entre los derechos que se reconocen a la persona en cuanto tal, pueden incluirse, el derecho a la vida<sup>29</sup> (art. 2 CEDH<sup>30</sup>), o la prohibición de tortura<sup>31</sup> (art. 3 CEDH<sup>32</sup>). En el ámbito de los derechos que se reconocen a la personas, vistos desde una perspectiva asocial, pueden incluirse el derecho a la libertad de expresión<sup>33</sup> (art 10 CEDH<sup>34</sup>), y el derecho de

- 
- 29 Sobre el ámbito de este derecho, ANGOITIA GOROSTIAGA, *et. al.*, *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático* (autores varios –a partir de ahora AAVV), LASAGABASTER HERRARTE, I., director. Segunda edición. Civitas. Thomson Aranzadi 2009, pp. 40-45.
- 30 El art. indica que: “1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.  
2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:  
a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima.  
b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente  
c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección”.
- 31 Sobre el ámbito de este derecho, SANTAMARÍA ARINAS, R., *et. al.*, *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático* (AAVV), LASAGABASTER HERRARTE, I., director, cit. pp. 46-80.
- 32 El art. indica que “nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.
- 33 Sobre el ámbito de esta libertad, LAZCANO BROTONS, I., *et. al.*, *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático* (AAVV), LASAGABASTER HERRARTE, I., director, cit. pp. 452-566.
- 34 En concreto, el art. indica que “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.  
2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

reunión y asociación<sup>35</sup> (art. 11 CEDH<sup>36</sup>).

Como ya hemos señalado en nuestra introducción, en el estudio que realizamos queremos prestar atención a cómo se manifiesta la jurisprudencia del TEDH en lo referente al reconocimiento de nuevos derechos en dos ámbitos.

Por un lado, en lo relativo a la interpretación que el TEDH está haciendo del artículo 12 CEDH en que se reconoce el derecho al matrimonio. Creemos muy interesante analizar diferentes sentencias del TEDH en las que se delimitan aspectos referentes al acceso al matrimonio.

Por otro lado, también queremos prestar atención a aspectos referentes al reconocimiento de los derechos políticos a las personas que están privadas de libertad en establecimientos penitenciarios.

## 4 - EL DERECHO AL MATRIMONIO (ART. 12 CEDH)

### 4.1 - INTRODUCCIÓN

Como punto de partida, queremos recordar el contenido del artículo 12 CEDH en que se dispone que “a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”. Sobre la base de este artículo, el TEDH ha reconocido que existe una configuración de dos derechos diferenciados: el derecho a contraer matrimonio, por un lado, y el derecho a fundar una familia por el otro. En ambos casos, no hay que pasar por alto que el artículo 12 CEDH hace una remisión expresa a la legislación nacional. Es en este punto en donde vamos a ver cómo ha ido

35 Sobre estas libertades, LASAGABASTER HERRARTE, I., *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Comentario sistemático (AAVV), LASAGABASTER HERRARTE, I., director, cit. pp. 568-617.

36 El art. indica que “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar con otras sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado”.

evolucionando la jurisprudencia del TEDH en lo referente al margen de discrecionalidad que tienen los Estados parte en la regulación del ejercicio de este derecho.

Para ello, hemos considerado interesante tomar como referencia diferentes asuntos resueltos por el TEDH en lo referente al acceso al matrimonio de las personas transexuales y de las homosexuales. Por otro lado, analizaremos también la postura del Tribunal entorno al valor del matrimonio celebrado conforme a los usos de la etnia gitana.

## **4.2 - ACCESO AL MATRIMONIO DE LAS PERSONAS TRANSEXUALES**

### **A) STEDH (GRAN SALA), 11 JULIO 2002, CASO I. CONTRA REINO UNIDO**

El acceso al matrimonio de las personas transexuales es analizado en la sentencia del TEDH<sup>37</sup> (Gran Sala), de 11 de julio de 2002, *caso I. contra Reino Unido*<sup>38</sup>. La sentencia trae su causa de una demanda que presenta la señora I. contra el Reino Unido alegando la violación de los derechos reconocidos en los artículos 8, 12 y 14 CEDH. La demandante es una ciudadana británica nacida en 1955, transexual operada que pasó del sexo masculino al femenino.

Es interesante tener presente que el cambio de sexo se hizo con cargo a la Seguridad Social, la cual reconoció el estado de disforia sexual y aseguró el cambio mediante una intervención quirúrgica. Sin embargo, en el plano jurídico seguía siendo considerada como varón.

En concreto, en el párr. 60 se indica que “en el caso de que se trata, como en muchos otros, el cambio de sexo de la demandante se hizo con cargo a la Seguridad Social, que reconoce el estado de disforia sexual y, entre otras cosas, asegura el cambio mediante la intervención quirúrgica con vistas a lograr uno de sus fines esenciales, a saber que el transexual se asemeje en lo posible al sexo al que siente pertenecer realmente. El Tribunal está preocupado por el hecho de que el cambio de sexo, que se efectúa con toda legalidad, no desemboque en una plena consagración en derecho, que pudiera ser considerada como la última etapa y el final de un proceso de transformación largo y difícil sufrido por la interesada (...)”.

Es decir, a pesar de que el Estado le reconoce el derecho al cambio al sexo y costea la intervención quirúrgica, “la interesada sigue siendo un hombre en el plano jurídico”.

37 A partir de ahora STEDH.

38 BDAW TEDH\2002\45.

La mayor parte de la sentencia se centra en el análisis de si hay una vulneración del artículo 8 CEDH en el que se dispone que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada”, y en el párr. 2 se añade que “no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho (...)”.

La demandante trata de poner de manifiesto que esa discordancia entre el rol adoptado en la sociedad y la realidad del Derecho, genera un estrés y enajenación que no es compatible con el respeto al derecho del artículo 8 CEDH (párr. 59). Por su parte, el Estado demandado, acogiendo a jurisprudencia anterior del TEDH, sostiene que la transexualidad no es objeto de enfoque uniforme en los Estados parte del CEDH y que debe tenerse en cuenta el margen de valoración de que disponen los Estados parte. Es por ello por lo que afirma que la ausencia de reconocimiento jurídico de la nueva identidad de la demandante, no implica vulneración del artículo 8 CEDH<sup>39</sup>.

El razonamiento del TEDH resulta muy interesante. Por un lado, en primer lugar, recoge la postura jurisprudencia que hasta ese momento ha sostenido sobre los derechos de los transexuales y el margen de apreciación interna de los Estados parte. Así en el párr. 55 afirma:

“El Tribunal recuerda que ya tuvo que examinar quejas relativas a la situación de los transexuales en el Reino Unido (sentencias *Rees contra Reino Unido* de 17 octubre 1986 [TEDH 1986, 11] , serie A núm. 106, *Cossey contra Reino Unido* previamente citada, X., Y. y Z. *contra Reino Unido* de 22 abril 1997 [TEDH 1997, 24] , Repertorio 1997-II, y *Sheffield y Horsham contra Reino Unido* de 30 julio 1998 [TEDH 1998, 34] , Repertorio 1998-V, pg. 2011). En estos asuntos concluyó que la negativa del Gobierno británico a modificar el registro de nacimientos o a facilitar extractos con una sustancia y naturaleza distintas a las menciones originales relativas al sexo declarado del individuo, no podía considerarse una injerencia en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada (*Sentencias Rees*, pg. 14, ap. 35 y *Cossey*, pg. 15, ap. 36, previamente

39 En concreto, en el párr. 48 de los fundamentos de Derecho se afirma que “remitiéndose a la jurisprudencia del Tribunal, el Gobierno señala que la transexualidad no es objeto de un enfoque uniforme en los Estados contratantes y que, teniendo en cuenta el margen de valoración de que disponen los Estados en virtud del Convenio, la ausencia de reconocimiento jurídico en el Reino Unido de la nueva identidad sexual de la demandante no implica la violación del artículo 8 del Convenio. Discute la afirmación de la interesada según la cual las investigaciones científicas y «una mayor evolución de la sociedad» han conducido a una gran aceptación de la transexualidad o a un consenso en la materia”.

citadas). También consideró que el Estado demandado no tenía ninguna obligación positiva de reorganizar su sistema de registro de nacimientos creando un nuevo sistema o tipo de documentos aptos para proporcionar la prueba del estado civil actual. Igualmente consideró que el Estado no estaba obligado a autorizar anotaciones en el registro de nacimientos ni obligado a impedir que se divulgara dicha anotación a terceros (Sentencias Rees, pg. 17, ap. 42 y Cossey, pg. 15, ap. 38-39, previamente citadas). En estos casos el Tribunal constató que las autoridades habían tomado medidas para minimizar los riesgos para los transexuales de que les hicieran preguntas embarazosas (por ejemplo permitiéndoles obtener permisos de conducir, pasaportes y otros documentos establecidos con sus nombres y sexo nuevos). Además, consideró que la trayectoria personal de los demandantes en estos asuntos no demostraba que el no reconocimiento general en el plano jurídico de su cambio de sexo les causara inconvenientes de gravedad suficiente como para pensar que se excedía el margen de valoración del Estado en la materia (Sentencia Sheffield y Horsham previamente citada, pg. 2028-2029, ap. 59)”.

A partir de ahí, en el párr. 56, sienta las bases para proceder a una modificación en esta orientación. En concreto, expresamente indica que el TEDH no está formalmente obligado a seguir sus sentencias anteriores y que si existe un motivo válido, puede distanciarse de anteriores pronunciamientos. En este sentido, sostiene que la evolución existente en el Estado demandado y en otros Estados parte en torno al reconocimiento de derechos al colectivo transexual, puede justificar que se replantee su orientación jurisprudencial. En concreto, afirma:

“Sin que el Tribunal esté formalmente obligado a seguir sus sentencias anteriores, en interés de la seguridad jurídica, la previsibilidad y la igualdad ante la Ley, no se aparta sin un motivo válido de sus propios precedentes (ver, por ejemplo, Chapman contra Reino Unido [TEDH 2001, 46] [GS], núm. 27238/1995, TEDH 2001-I, ap. 70). Sin embargo, siendo el Convenio ante todo un mecanismo de protección de los derechos humanos, el Tribunal debe tener en cuenta la evolución de la situación en el Estado demandado y en los Estados contratantes en general y reaccionar, por ejemplo, al consenso susceptible de actualizarse en cuanto a las normas a alcanzar (ver, entre otras, las Sentencias Cossey previamente citada, pg. 14, ap. 35 y Stafford contra Reino Unido [GS], núm. 46295/1999, 28 mayo 2002, a publicar en el repertorio

oficial del Tribunal, ap. 67-68). Es de crucial importancia que el Convenio sea interpretado y aplicado de forma que conceda unas garantías concretas y efectivas y no teóricas o ilusorias. Si el Tribunal no mantuviera un enfoque dinámico y evolutivo, dicha actitud podría constituir un obstáculo a toda reforma o mejora (Stafford contra Reino Unido previamente citada, ap. 68). En el contexto de que se trata, el Tribunal, desde 1986, se declaró en repetidas ocasiones consciente de la gravedad de los problemas que encontraban los transexuales y señaló la importancia de examinar de forma permanente la necesidad de medidas jurídicas adecuadas en la materia (Sentencias Rees, ap. 47 y Cossey, ap. 42, y Sheffield y Horsham, ap. 60, anteriormente citadas)”.

De esta manera, que tomando como punto de partida el respeto a la dignidad de las personas (art. 8 CEDH), y el derecho de los transexuales a su desarrollo personal y a la integridad física y moral, deben llevar a entender que se ha producido en este caso, una vulneración del derecho consagrado en el artículo citado. Así se desprende del párr. 72 en que se afirma:

“Dicho esto, la dignidad y la libertad del hombre son la esencia misma del Convenio. Concretamente, en el terreno del artículo 8 del Convenio (RCL 1979, 2421 y ApNDL 3627), en el que la noción de autonomía personal refleja un principio importante que subyace en la interpretación de las garantías de dicha disposición, la esfera personal de cada individuo está protegida, incluido el derecho de cada uno a establecer los detalles de su identidad de ser humano (ver, en particular, Sentencias Pretty contra Reino Unido, núm. 2346/2002, de 29 abril 2002, ap. 62, y Mikulic contra Croacia núm. 53176/1999, de 7 febrero 2002, ap. 53, a aparecer en TEDH 2002-78019). En el siglo XXI, la facultad para los transexuales de gozar plenamente, al igual que sus conciudadanos, del derecho al desarrollo personal y a la integridad física y moral, no puede considerarse una cuestión controvertida que exija tiempo para que enfrentarse claramente a los problemas en juego. En resumen, la situación insatisfactoria de los transexuales operados, que viven entre dos mundos porque no pertenecen verdaderamente a un sexo ni a otro, no puede durar más. Esta apreciación encuentra confirmación a nivel nacional en el informe del grupo de trabajo interministerial y en la Sentencia dictada por el Tribunal de Apelación en el asunto Bellinger contra Bellinger (apartados 33 y 35-36 supra)”.

Resulta interesante verificar que el TEDH llega a la conclusión de que esa cuestión ya no está dentro del ámbito del margen de apreciación interna del Estado demandado<sup>40</sup>.

Además de la alegación de vulneración del artículo 8 CEDH<sup>41</sup>, la demandante considera que había producido una vulneración del derecho consagrado en el artículo 12 CEDH. La vulneración se entiende producida en la medida en que aunque físicamente era mujer, se le seguía considerando legalmente como hombre y no podía contraer matrimonio con un varón (párr. 77).

El Estado demandado se defiende alegando que el matrimonio entre personas del mismo sexo no está permitido en su ordenamiento jurídico. Y por otro lado, alega que a la demandante no se lesionaba su derecho a contraer matrimonio, en la medida en que dada su condición originaria de varón, podía contraer matrimonio con una mujer.

En lo que interesa, el TEDH reconoce que ha dictado sentencias anteriores en las que ha negado el acceso al matrimonio a las personas transexuales<sup>42</sup>. Sin embargo, en la línea ya señalada al resolver sobre la

---

40 En el párr. 75 se afirma que “teniendo en cuenta lo que precede, el Tribunal considera que el Estado demandado ya no puede invocar su margen de apreciación en la materia, salvo en lo referente a los medios a ejecutar para asegurar el reconocimiento del derecho protegido del Convenio. Al no competir ningún factor importante de interés público en este caso con el interés de la demandante en obtener el reconocimiento jurídico de su cambio de sexo, el Tribunal concluye que la noción del equilibrio justo inherente al Convenio inclina resueltamente la balanza a favor de la demandante. Por lo tanto, no se respetó el derecho de la interesada a su vida privada, violándose así el artículo 8 del Convenio”.

41 En los párrs. 87 a 90, el TEDH considera que los aspectos relativos a la violación del derecho consagrado en el art. 14 CEDH han quedado resultas al considerar vulnerado el artículo 8 CEDH.

42 En este sentido, en el párr. 79 afirma que “el Tribunal recuerda que en los asuntos Rees, Cossey y Sheffield y Horsham, la imposibilidad para los demandantes transexuales de casarse con una persona del sexo opuesto a su nuevo sexo fue considerada no contraria al artículo 12 del Convenio. Esta conclusión procedía, según el caso, del razonamiento según el cual el derecho a casarse aludía al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico distinto (Sentencia Rees previamente citada, pg. 19, ap. 49), de la idea de que el apego a los criterios biológicos para determinar el sexo de una persona a efectos de matrimonio dependía del poder reconocido a los Estados contratantes para reglamentar por medio de Leyes el ejercicio del derecho a casarse y de la constatación de que las Leyes del Estado demandado en la materia no se puede considerar que restrinjan o reduzcan el derecho para un transexual a casarse de una forma o hasta un punto que lo vulneren en su sustancia misma (Sentencias Cossey, pg. 18, ap. 44-46, y Sheffield y Horsham, pg. 2030, ap. 66-67, previamente citadas).

vulneración del artículo 8 CEDH, el TEDH reconoce que la situación ha evolucionado y que ello justifica un cambio en su planteamiento.

Por su interés, reproducimos las palabras contenidas en el párr. 82:

“El Tribunal no está convencido de que actualmente se pueda seguir admitiendo que estos términos impliquen que el sexo deba ser determinado según criterios puramente biológicos (así lo declaró el Juez Ormrod en el asunto *Corbett contra Corbett*, apartado 17 supra). Desde la adopción del Convenio, la institución del matrimonio se ha visto profundamente trastornada por la evolución de la sociedad, y los progresos de la medicina y de la ciencia han llevado consigo cambios radicales en el ámbito de la transexualidad. El Tribunal ha constatado más arriba, en el terreno del artículo 8 del Convenio, que la no concordancia de los factores biológicos en un transexual operado ya no podía constituir un motivo suficiente para justificar la negativa a reconocer jurídicamente el cambio de sexo del interesado. Hay que tener en cuenta otros factores: el reconocimiento por parte de la comunidad médica y de las autoridades sanitarias en los Estados contratantes del estado médico de trastorno de la identidad sexual, la oferta de tratamientos, incluidas las intervenciones quirúrgicas, que permiten a la persona en cuestión asemejarse en lo posible al sexo al que cree pertenecer, y la adopción por ésta del rol social de su nuevo sexo. El Tribunal constata también que el texto del artículo 9 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión europea adoptada recientemente se aparta –y ello no puede ser sino deliberado– del artículo 12 del Convenio en cuanto a que excluye la referencia al hombre y a la mujer (apartado 41 supra)”.

En esa línea, desmonta la argumentación del Estado demandado en la que sostenía que la demandante tenía acceso al matrimonio en su condición de varón, jurídicamente hablando. En el párr. 83 afirma:

“(…) A este respecto considera artificial afirmar que a las personas que han sufrido una intervención de cambio de sexo no se les priva del derecho a casarse ya que, conforme a la Ley, sigue permitiéndoseles casarse con una persona del sexo opuesto a su antiguo sexo. En este caso la demandante lleva una vida de mujer, mantiene una relación con un hombre y desea únicamente casarse con un hombre. Ahora bien, no tiene esa posibilidad. En opinión del Tribunal, la interesada puede por tanto quejarse de la vulneración de la sustancia misma de su derecho a casarse”.

---

El Tribunal se basó también en el texto del artículo 12, interpretando que protege el matrimonio como fundamento de la familia (*Sentencia Rees*, loc. cit.)”.



Y siguiendo esta línea argumentativa, sostiene que si bien los Estados parte pueden determinar las condiciones que deben exigirse a una persona transexual para que se pueda acomodar la realidad social a la jurídica, lo que no puede hacerse es impedir el acceso al matrimonio a las personas transexuales. En concreto, en el párr. 85 afirma:

“Los elementos sometidos por Liberty permiten constatar que aunque el matrimonio de los transexuales tiene una gran adhesión, el número de países que autorizan dicho matrimonio bajo su nueva identidad sexual es inferior al de los Estados que reconocen el cambio sexual en sí mismo. El Tribunal no está convencido sin embargo de que ello constituya la base de la tesis según la cual los Estados contratantes deban poder reglamentar totalmente la cuestión en el marco de su margen de apreciación. En efecto, ello llevaría a concluir que el abanico de las opciones abiertas a un Estado contratante llega hasta prohibir en la práctica el ejercicio del derecho a casarse. El margen de apreciación no puede ser tan amplio. Aunque corresponda al Estado contratante determinar, concretamente, las condiciones que debe reunir un transexual que reivindica el reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual para establecer que realmente ha habido un cambio de sexo y aquellas en las que un matrimonio anterior deja de ser válido, o incluso las formalidades aplicables a un futuro matrimonio (por ejemplo, las informaciones a proporcionar a los futuros esposos), el Tribunal no ve motivo alguno que justifique que los transexuales se vean privados en todas las circunstancias del derecho a casarse”.

## **B) STEDH (GRAN SALA), 15 JULIO 2014, CASO HÄMÄLÄINEN CONTRA FINLANDIA**

Hemos considerado interesante analizar también el contenido de la STEDH (Gran Sala), de 16 de julio de 2014, *caso Hämäläinen contra Finlandia*<sup>43</sup>. En la misma también se plantea una cuestión relacionada con el derecho al acceso al matrimonio de las personas transexuales, aunque en este caso, los antecedentes a tener en cuenta son diferentes.

El caso trae su causa de una demanda presentada por la ciudadana de Finlandia, la señora Hämäläinen. La demandante nació en 1963 con la condición de varón. En el año 1996 contrajo matrimonio con una mujer, con la que tuvo una hija en 2002. Sin embargo, en 2005 decidió tratarse médicamente para realizar un cambio de sexo. En 2006, los médicos concluyeron que era transexual, sometiéndose en 2009 a operación

43 BDAW TEDH\2014\50.

quirúrgica de cambio (párr. 11 antecedentes de hecho). A pesar de ello, el pasaporte y el documento nacional de identidad le seguían designando como perteneciente al sexo masculino (párr. 12 antecedentes de hecho).

La razón por la que no se operó el cambio legal en el sexo era que en los supuestos de transexuales previamente casados, el otro cónyuge debía prestar su consentimiento. Sin embargo, dicho consentimiento no se prestó, en la medida en que en el momento en que la demandante se le reconociera jurídicamente la condición de mujer, el matrimonio previamente celebrado se debía transformar a unión civil (párr. 36 antecedentes de hecho).

Para que pueda entenderse adecuadamente el supuesto de hecho, tiene que tenerse presente que en Finlandia, en ese momento, el matrimonio solamente era permitido entre personas de distinto sexo<sup>44</sup>. Sin embargo, existía una ley sobre uniones civiles, en la que los efectos de las mismas, en algunos casos, se asemejaban a los del matrimonio, aunque sin ser equiparadas ambas instituciones. En concreto, dichas uniones sí podrían tener lugar entre personas del mismo sexo.

La demandante alega, entre otros aspectos, que el ordenamiento jurídico le obligue a que su matrimonio se convierta en unión civil, si quiere que se le reconozca legalmente condición transexual, supone una vulneración del artículo 8 CEDH (párr. 34 fundamentos de Derecho). Es decir, perdería su condición de integrante de un matrimonio, para integrar una unión civil en la que el régimen jurídico no es igual al matrimonio.

La argumentación del TEDH para resolver esta denuncia, resulta muy interesante.

En primer lugar, señala que es consciente de que la demandante y su esposa están legalmente casadas conforme a la legislación nacional desde 1996 y que ambos desean conservar su vínculo marital. No obstante, a pesar de que sobre la cuestión del matrimonio homosexual ya se estaba discutiendo en Finlandia en ese momento, a día de resolver la demanda, la única forma de matrimonio admitida era la heterosexual. En concreto, en el párr. 69 de los fundamentos de Derecho se afirma:

“El Tribunal señala en primer lugar que la demandante y su esposa están legalmente casados conforme a la legislación nacional desde 1996 y desean conservar sus vínculos maritales. En la legislación finesa, solo se admite el matrimonio entre personas de distinto sexo. Los matrimonios entre personas del mismo sexo de momento están prohibidos en Finlandia, a pesar de que actualmente la cuestión del

---

44 El matrimonio igualitario fue aprobado en Finlandia en el año 2014.

matrimonio homosexual está en estudio en el Parlamento. Además los derechos de las personas del mismo sexo por el momento están protegidos por la posibilidad de registrar una unión civil”.

Aunque el TEDH reconoce que la demandante no está reclamando nada en relación con el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, si le diera la razón estaría en la práctica reconociendo que es posible el matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>45</sup>.

La cuestión es finalmente despejada sosteniendo que sobre el matrimonio igualitario no existe un nivel de consenso en Europa y por lo tanto, se reitera en su posición de que el CEDH no puede interpretarse en el sentido de que imponga a los Estados la obligación de abrir el matrimonio a las parejas homosexuales.

En concreto, en los párrs. 73, 74 y 75, afirma:

“Según la información que dispone el Tribunal, parece que en el momento actual diez Estados miembros permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo. Además, en la mayoría de los Estados miembros que prohíben el matrimonio homosexual no existe ningún marco legal específico que regule el reconocimiento legal del género ni ninguna disposición legal que trate específicamente la situación de las personas casadas que se hayan sometido a una operación de cambio de sexo. Entre los Estados miembros que prohíben el matrimonio homosexual, sólo seis disponen de una legislación aplicable al reconocimiento de género. En estos países, la ley, bien establece específicamente una condición de celibato o divorcio, bien existen disposiciones generales que estipulan que después de un cambio de sexo cualquier matrimonio preexistente queda anulado o disuelto. Parece que sólo tres Estados miembros han admitido excepciones permitiendo que una persona casada que ha cambiado de sexo obtenga el reconocimiento legal de este cambio manteniendo los vínculos maritales (apartados 31-33).

Por lo tanto, no puede decirse que haya a nivel europeo un con-

45 En concreto, en el párr. 70 de los fundamentos de Derecho afirma que “el Tribunal es consciente del hecho de que la demandante no reclama el derecho al matrimonio para los homosexuales en general sino que simplemente quiere conservar su propio matrimonio. Señala, sin embargo, que si la demandante obtenía satisfacción, resultaría en la práctica una situación en la que dos personas del mismo sexo podrían estar unidas en matrimonio. En la actualidad, como ha afirmado el Tribunal más arriba, tal derecho no existe todavía en Finlandia. Por lo tanto, el Tribunal debe considerar en primer lugar si, en las circunstancias de este caso, el reconocimiento de este derecho es requerido por el artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572)”.

sensu sobre la autorización del matrimonio homosexual ni, en los Estados que prohíben tal matrimonio, sobre la mejor manera de regular el reconocimiento del cambio de sexo en los casos de matrimonios preexistentes. La mayoría de los Estados miembros no ha adoptado ninguna legislación sobre el reconocimiento de los cambios de sexo. Parece que además de Finlandia solo otros seis Estados disponen de dicha legislación. Las excepciones previstas para los transexuales casados son incluso más raras. Por lo tanto, nada indica que la situación en los Estados miembros del Consejo de Europa haya evolucionado significativamente desde que el Tribunal dictara sus últimas decisiones sobre estas cuestiones.

En ausencia de un consenso europeo y dado que el presente caso plantea problemas éticos o morales sin duda delicados, este Tribunal considera que el margen de apreciación otorgado al Estado demandado sigue siendo amplio ( X, Y y Z contra Reino Unido [TEDH 1997, 24], citado, ap. 44). Esto debería aplicarse tanto a la decisión de legislar o no sobre el reconocimiento legal de los cambios de sexo resultado de las operaciones de cambio de sexo como, en su caso, a las normas establecidas para asegurar un equilibrio entre los intereses públicos y privados contrapuestos”.

Una vez rechazado que la demandante tenga derecho a solicitar que se le reconozca su condición de transexual y a la vez que siga existiendo el matrimonio previamente contraído, el TEDH analiza las opciones que el ordenamiento jurídico le ofrece a la demandante y que a su juicio, no suponen una vulneración del artículo 8 CEDH.

En primer lugar, el TEDH señala que sería posible que se mantuviera en su vínculo conyugal, sin que el ordenamiento jurídico le reconociera su cambio de sexo. En concreto, se pone de manifiesto que el cambio de sexo de uno de los contrayentes no es causa de anulación del matrimonio, aunque sí, impide que a la persona que haya cambiado el sexo, se le pueda reconocer legalmente en su nueva condición. En concreto, en el párr. 76 de los fundamentos de Derecho se afirma:

“En primer lugar, la interesada podrá optar por el status quo en el plano jurídico conservando sus vínculos maritales y adaptándose a las molestias que le supone su documento de identidad masculino. El Tribunal considera establecido que en el sistema finlandés un matrimonio contraído legalmente entre dos personas del sexo opuesto no es anulado o disuelto por el motivo de que uno de los cónyuges, después de haberse sometido a una operación de cambio de sexo, se encuentre siendo del mismo sexo de su cónyuge. En

Finlandia, a diferencia de la situación imperante en otros países, un matrimonio preexistente no puede ser anulado o disuelto unilateralmente por las autoridades nacionales. Por lo tanto, nada se opone a la continuación del matrimonio de la demandante”.

Nos llama poderosamente la atención que esta posibilidad se vea como buena por parte del TEDH, en la medida en que la demandante debería seguir conservando su documento nacional de identidad masculino.

La segunda opción a la que se refiere el TEDH y que permite entender que Finlandia no vulnera el artículo 8 CEDH, es que se transforme el matrimonio a una unión civil. Estas uniones son posibles entre personas del mismo sexo, y además, tendría la ventaja de que se podría reconocer legalmente el cambio de sexo. En concreto, en el fundamento de Derecho número 77 se afirma:

“(...) si la demandante desea asegurar tanto el reconocimiento legal de su nuevo género como una protección jurídica de su relación con su esposa, la legislación finlandesa permite la transformación de su matrimonio en una unión civil siempre que su esposa lo consienta. En la legislación finlandesa, una vez producido el consentimiento del cónyuge para el cambio de sexo, el matrimonio se convierte automáticamente, ex lege en una unión civil y la unión civil en matrimonio, dependiendo de la situación”.

La conclusión a la que llega el TEDH es que al forzar a la demandante a que convirtiera su matrimonio en unión civil para que se le reconociera legalmente su condición transexual, no se ha vulnerado el artículo 8 CEDH. Se añade además, que a pesar de que había diferencias entre los efectos del matrimonio y de la unión civil, por ejemplo, a efectos de adopción, no se consideran relevantes como para entender que se producía un cambio sustancial en la situación jurídica de los contrayentes. En concreto, en el fundamento de Derecho núm. 83 se afirma:

“La demandante también expresa su preocupación por las diferencias entre matrimonio y unión civil. Como ha explicado el Gobierno, estas diferencias hacen referencia al establecimiento de la paternidad, la adopción fuera del círculo familiar y el apellido. Sin embargo solamente se presentan en la medida en que estas cuestiones no se han regulado previamente y por lo tanto son ajenas al presente asunto. En consecuencia, este Tribunal considera que las diferencias entre matrimonio y unión civil no suponen un

cambio sustancial en la situación jurídica de la demandante. En la práctica, ella podría seguir disfrutando dentro de una unión civil esencialmente de la misma protección legal que la que tiene garantizada por matrimonio (véase, *mutatis mutandis*, Schalk y Kopf [JUR 2010, 211641], ya citada, ap. 109).”

#### **4.3 - ACCESO AL MATRIMONIO DE LAS PERSONAS HOMOSEXUALES: STEDH (SECCIÓN 5ª), 9 JUNIO 2016, CASO CHAPIN Y CHARPENTIER**

Son numerosas las sentencias en las que el TEDH se ha pronunciado sobre si existe el derecho de acceso al matrimonio de las personas homosexuales. Por su carácter más reciente y el impacto que ha tenido en América, hemos considerado oportuno referirnos a la STEDH (Sección 5ª), de 9 de junio de 2016, *caso Chapin y Charpentier*<sup>46</sup>.

La demanda que da origen a esta sentencia la presentan dos ciudadanos varones de nacionalidad francesa, contra el Estado francés. En su día, el Ayuntamiento de un municipio francés autorizó el matrimonio de estas dos personas del mismo sexo, a pesar de que en Francia, por entonces, no se admitía el matrimonio igualitario. A pesar de la oposición de la Fiscalía, el alcalde de dicha localidad celebró el matrimonio y procedió a su inscripción en el Registro Civil. Posteriormente, a instancias de la Fiscalía, el matrimonio fue declarado nulo por los tribunales en la medida en que éste solamente era posible entre hombre y mujer. Los demandantes consideran que se había producido una vulneración de los derechos consagrados en los artículos 12 y 14 CEDH.

En los fundamentos de Derecho 36 a 40 el TEDH recuerda su jurisprudencia anterior contraria a entender que las personas homosexuales tengan derecho de acceso al matrimonio al amparo del CEDH. La decisión se apoya en la falta de consenso en el ámbito europeo acerca de la cuestión, dejándose en manos de los legisladores nacionales la libertad de permitir o no el matrimonio entre personas del mismo sexo. En este sentido, en el fundamento de Derecho número 36 se afirma:

“En la Sentencia Schalk y Kopf (aps. 58-63) (JUR 2010, 211641), el Tribunal afirmó que, aunque la institución del matrimonio había cambiado profundamente por la evolución de la sociedad desde la aprobación del Convenio, en Europa no existía un consenso sobre la cuestión del matrimonio homosexual. Consideró que el artículo 12 del Convenio era aplicable a la denuncia de los demandantes, pero

46 BDAW TEDH\2016\49.

que la autorización o la prohibición del matrimonio homosexual estaban reguladas por las Leyes nacionales de los Estados Contratantes. Afirmó que el matrimonio poseía connotaciones sociales y culturales profundamente enraizadas susceptibles de diferir de una sociedad a otra y recordó que no debía sustituir su propia valoración a la de las autoridades nacionales, mejor situadas para valorar las necesidades de la sociedad y responder ante ellas. Concluyó, por tanto, que el artículo 12 no imponía al Gobierno demandado la obligación de permitir el matrimonio a una pareja homosexual como la de los demandantes (ver igualmente Gas y Dubois contra Francia, núm. 25951/2007, ap. 66 (TEDH 2012, 26) TEDH 2012”).

El TEDH llega a la conclusión de que después de que haya transcurrido poco tiempo desde la emisión de las sentencias a las que se refiere, no ve causa alguna para modificar su posición. A su vez, añade que el hecho de que en el momento de dictar la sentencia el matrimonio igualitario ya estaba admitido en Francia, priva de objeto al proceso, ya que los demandantes ya son libres de casarse. Estos argumentos los encontramos en el fundamento de Derecho núm. 39, en el que se afirma:

“El Tribunal no constata razón alguna para llegar a una conclusión diferente en el presente asunto, visto el breve lapso de tiempo transcurrido desde las sentencias que dictó en los asuntos Hämäläinen (TEDH 2014, 50) y Oliari (JUR 2015, 189961) y otros. Asimismo, señala que desde la presentación de la demanda, la Ley de 17 de mayo de 2013 permitió el matrimonio a parejas homosexuales (apartado 24 supra) y que los demandantes son libres para casarse”.

Sobre la eventual violación del artículo 14 CEDH, el TEDH sostiene que los Estados son libres de permitir el matrimonio solamente a las parejas heterosexuales<sup>47</sup>. Añade, además, que por entonces, las personas del mismo sexo podían acogerse a la figura del “pacto civil de solidaridad” regulado en el código civil francés, por lo que no había discriminación, a pesar de que los efectos del pacto señalado y los del matrimonio, no sean los mismos. En concreto, en el fundamento de Derecho núm. 51 afirma:

47 En concreto, en el fundamento de Derecho núm. 48 afirma que “el Tribunal recuerda que los Estados son libres respecto al artículo 14 en relación con el artículo 8 para permitir el matrimonio solo a parejas heterosexuales y que gozan de cierto margen de valoración para decidir la naturaleza exacta del estatus conferido por los otros modos de reconocimiento jurídico (Schalk y Kopf citado (JUR 2010, 211641), ap. 108 y Gas y Dubois citado (TEDH 2012,26), ap. 66)”.

“A pesar de que los demandantes señalan las diferencias entre el régimen del matrimonio y el del pacto civil de solidaridad, el Tribunal reitera que no se va a pronunciar en este caso sobre cada una de estas diferencias de manera detallada (Schalk y (JUR 2010, 211641) previamente citado, ap. 109). En cualquier caso, señala, como lo hizo en esta sentencia, que estas diferencias corresponden globalmente a la tendencia contemplada en otros Estados miembros y no constata ningún signo que indique que el Estado demandado habría rebasado su margen de valoración en la elección que hizo de los derechos y obligaciones conferidos por el pacto civil de solidaridad (ibidem).

Además, como ha recordado previamente (apartado 39), la Ley de 17 de mayo de 2013 permitió el matrimonio a las parejas homosexuales, siendo los demandantes, a partir de entonces, libres para contraer matrimonio”.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGOITIA GOROSTIAGA, *et. al.*, *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático* (autores varios –a partir de ahora AAVV), LASAGABASTER HERRARTE, I., director. Segunda edición. Civitas. Thomson Aranzadi 2009.

CASSIN, R., *La Déclaration universelle et la mise en oeuvre des Droits de l'homme*. Recueil des Cours de l'Academie de Droit International vol. 79, 1951-II.

CUCARELLA GALIANA, L. A., *Incapacitación, tribunales y esterilización de disminuidos psíquicos*. La Ley. Madrid 2012.

LINDE, E.; ORTEGA, L. I.; SÁNCHEZ MORÓN, M., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos. Estudio de la Convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., coordinador). Civitas, Madrid, 1979.

ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con BONET NAVARRO, J.; MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A.). Aranzadi, 8ª edición, 2018.

KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucio-*



nal). Universidad Nacional Autónoma de México (TAMAYO Y SALMORÁN, R., traductor), México 2001.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas española y europeas. Cuadernos Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2006.

MONTESQUIEU, C. L., *El espíritu de las leyes*. Ediciones Istmo 2002.

RIPOL CARULLA, S., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*. Atelier, Barcelona, 2007

RODRÍGUEZ, A., *Integración europea y derechos fundamentales*. Civitas. Madrid, 2001.

SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución*. Tecnos, Madrid 1983.

## O IRDR DIANTE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

LUIZ GUILHERME MARINONI<sup>1</sup>

### 1 - O DIREITO FUNDAMENTAL DE AÇÃO ENQUANTO DIREITO DE DISCUTIR A QUESTÃO E INFLUENCIAR O CONVENCIMENTO DO JUIZ

O direito fundamental de ação, garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, tem como corolário o direito de efetivamente participar em contraditório do processo para influir sobre o convencimento do juiz. Não fosse assim, de nada valeria afirmar que ninguém pode ser lesado ou privado dos seus bens sem o devido processo legal, ou melhor, sem poder ser ouvido pela Corte.

Não é por outro motivo que nos Estados Unidos não se admite que alguém possa ser prejudicado por uma decisão relativa à questão prejudicial que não teve oportunidade de discutir em contraditório. Ora, o contrário estaria ferindo o direito de todo e qualquer cidadão a um dia perante a Corte ou o direito ao devido processo, que também pode ser visto como direito de influenciar a Corte, corolário do nosso direito fundamental de ação.

Como é óbvio, não é apenas nos Estados Unidos que todos têm “the right to a day in Court”. Portanto, não há como ter como legítima, no direito brasileiro, a afetação da esfera jurídica de alguém que não teve oportunidade de discutir uma questão de direito que é prejudicial à solução do seu caso. Retenha-se o ponto: se o Código de Processo Civil de 2015 admite falar em coisa julgada sobre questão (art. 503, CPC) e, igualmente, em coisa julgada em benefício de terceiro (art. 506, CPC), assemelhando o sistema brasileiro ao estadunidense, isto certamente não quer dizer que alguém possa ser prejudicado por uma decisão de questão proferida em processo em que não foi chamado a participar. Na verdade, isto negaria a própria mensagem do art. 506, no sentido de que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não *prejudicando* terceiros”.

Por identidade de razões, não há como suspender processos pendentes, em que jurisdicionados estão exercendo o seu direito fundamental de ação, para vinculá-los a uma decisão proferida em “incidente” que

1 Professor Titular da Universidade Federal do Paraná. Presidente da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. Conselheiro da *International Association of Procedural Law*.

não lhes confere o direito de falar e de influenciar a Corte<sup>2</sup>.

## 2 - A QUESTÃO DA AFETAÇÃO DE TERCEIRO PELA DECISÃO DE QUESTÃO (*NON-MUTUAL COLLATERAL ESTOPPEL*) NOS ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos é obviamente pacífica a ideia de que ninguém pode ser afetado por decisão tomada em processo de que não participou<sup>3</sup>. Exige-se para a admissão do alcance da parte não apenas a sua citação para poder participar do processo, mas também que tenha tido “*full and fair opportunity*” para litigar<sup>4</sup>.

Assim, por exemplo, se um procedimento não deu à parte oportunidade de discutir plenamente a questão não há racionalidade em proibi-la de discuti-la em nova ação. Até porque a lógica do *collateral estoppel* obviamente desejar negar não só a possibilidade de discutir “questão decidida”, mas antes de tudo questão *efetivamente discutida*. Em *Parklane*, a Suprema Corte analisou se existiam outros meios processuais que, não tendo sido oportunizados no procedimento do primeiro caso, poderiam ter gerado um resultado diverso. A partir desta e de outras considerações, declarou a propriedade da invocação do *collateral estoppel* por ter a parte tido “*full and fair opportunity do be heard*”<sup>5</sup>.

Porém, é preciso também observar que a busca de otimização da prestação jurisdicional obrigou a distinções teóricas e levou à elaboração de teses destinadas a justificar o alcance de pessoas que, a princípio, não estariam na posição de partes. Uma conhecida limitação à impossibili-

2 Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Incidente de resolução de demandas repetitivas*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

3 A Suprema Corte dos Estados Unidos assim declarou em *Blonder-Tongue v. University of Illinois Foundation*: “due process prohibits applying collateral estoppel to one who has never appeared in prior action”. Em *Parklane v. Shore*: “it is a violation of due process for a judgment to be binding on a litigant who was not a party nor privy and therefore has never had an opportunity to be heard”. E em *Baldwin v. Iowa*: “doctrine of due process under Constitution does not involve right to litigate same question twice”.

4 “The doctrine of Collateral Estoppel will not be applied unless it appears that the party against whom the estoppel is asserted had a full and fair opportunity to litigate the issue in the prior proceeding, and that the application of the doctrine will not result in an injustice to the party against whom it is asserted under the particular circumstances of the case” (*Rachal v. Hill*, 435 F2d 59, 5<sup>th</sup> Cir., 1970).

5 *Parklane v. Shore*, 439 U.S. 322, 1979.

dade de a decisão afetar “não-partes” está na chamada “rule of privity”. Admite-se que “não-partes” possam ser afetadas por uma decisão quando têm uma relação especial com as partes, ou seja, quando têm com as partes uma relação de “privity”<sup>6</sup>. Assim, por exemplo, um beneficiário da herança poderia ser afetado pela decisão tomada numa ação em que apenas o seu administrador foi parte.

Também se pretendeu, no direito estadunidense, justificar o atingimento de “nonparties” com base na ideia de “virtual representation”. Bastaria, em uma perspectiva larga da aplicação desta ideia, que parte e “não partes” estivessem diante de um mesmo quadro de fato e com interesse num mesmo resultado. Contudo, a tese da representatividade virtual, nestes termos, foi forte e amplamente rejeitada pelas Cortes estadunidenses<sup>7</sup>. A Suprema Corte dos Estados Unidos teve oportunidade de declarar, em *Martin v. Wilks*, que “nonparties” não podem ser alcançadas por uma decisão simplesmente porque os seus interesses são “*essentially identical*” aos daqueles que participaram do processo<sup>8</sup>.

### **3 - PARTICIPAÇÃO E REPRESENTAÇÃO ADEQUADA: A FALTA DE PREOCUPAÇÃO COM “REPRESENTAÇÃO ADEQUADA” NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS**

A decisão proferida em *Martin v. Wilks*, é certo, poderia ser vista de outra forma. Este caso envolve uma decisão estrutural, voltada à eliminação de discriminação racial contra negros no corpo de bombeiros de Birmingham. Em *Martin v. Wilks*, um grupo de bombeiros brancos, que não participara do processo, postulou a invalidade da decisão estrutural sob o argumento de que esta impunha à municipalidade a prática de ações inconstitucionais. Alegou-se que a decisão estrutural, ao afirmar e impor um sistema de preferência por negros, teria criado uma discriminação inversa. A decisão da Suprema Corte não tratou da questão da dis-

6 O Segundo “Restatement of Judgments” assim afirma: “*privity* refers to a cluster of relationships under which the preclusive effects of a judgment extend beyond a party to the original action and apply to persons *having specified relationships to that party*”.

7 *Richards v. Jefferson County*, 517 U.S. 793, (1996); *Becherer v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, 193 F3d 415, 428-429 (6<sup>th</sup> Cir, 1999).

8 *Martin v. Wilks*, 490 U.S. 755, 1989.

criminação contra os negros ou mesmo do argumento da segunda ação, no sentido de que decisão estrutural estava a impor condutas inconstitucionais à municipalidade. Decidiu-se que os bombeiros brancos, por não terem participado do processo, tinham direito a uma decisão sobre a sua demanda, ou seja, tinham direito de saber se a decisão estrutural estava a impor ações inconstitucionais.

A pretensão exercida em *Martin v. Wilks* colocou em jogo a efetividade de uma *injunction* estrutural, ou seja, da mais importante forma de tutela de direitos civis nos Estados Unidos, mediante a qual se pode buscar reestruturar uma organização burocrática para torná-la de acordo com a Constituição. Decisão desta natureza, além de carregada de relevante impacto social, atinge grande número de indivíduos e mesmo diferentes grupos de sujeitos.

Nessa dimensão, é possível questionar se a ideia de direito de participação dos bombeiros brancos, prejudicados pela decisão estrutural, poderia inviabilizá-la. Perceba-se, em outras palavras, que se poderia até dizer que a decisão proferida em *Martin v. Wilks* contém um fundamento que, quando visto em face da natureza da decisão estrutural destinada a remover um estado de discriminação racial, tem um caráter individualista que o deslegitima<sup>9</sup>.

Porém, ainda que se possa distinguir participação de representação para efeito de legitimar a decisão proferida em face de quem não participou, há que se ter em conta que a representação, para poder suprir o direito de participar, deve ser necessariamente adequada. Nessa altura dos estudos sobre a tutela coletiva, não se pode negar que o direito fundamental de ser ouvido pela Corte é totalmente compatível com a representação adequada. Nesse caso, a participação, indispensável para a legitimação do exercício do poder, é indireta, e, por isso mesmo, exige a aferição da qualidade da representação, que certamente não pode ser qualquer uma.

Lembre-se que a *class action* do direito estadunidense, embora possa ser proposta por qualquer um do grupo, depende de representação adequada<sup>10</sup>. Tem legitimidade para a *class action* aquele que, ao propor a ação, é declarado representante adequado. A adequação da representação é aferida e declarada no caso concreto. A representação é adequada não

9 Owen Fiss, The political theory of the class action, *Washington and Lee Law Review*, v. 53, 1996.

10 A Suprema Corte dos Estados Unidos, em *Hansberry v. Lee*, anunciou que o elemento que legitima a *class action* perante o *due process* é a representação adequada (*Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32, 61 S.Ct. 115, 1940).

só quando o representante tem motivo e razão para tutelar os direitos dos membros do grupo, mas também quando o seu advogado e assistentes técnicos têm capacidade técnica para exercer a defesa dos direitos.

Ademais, se o representante é automeado, os membros da classe têm que ter oportunidade para impugnar a adequação da representação. É por isso que se faz a notificação dos membros, comunicando-se-lhes o que está para ocorrer perante o juiz e a respeito das qualidades do representante. Desta forma, abre-se oportunidade para a impugnação da representação e à Corte melhor espaço para o cumprimento do seu dever de zelar pelo devido processo legal, analisando rigorosamente a capacidade do representante para encabeçar a ação e defender os direitos da classe. A notificação pretende assegurar que o automeado representante seja um defensor efetivo e vigoroso para todos os membros do grupo. Afinal, o *due process*, ao deixar de depender da participação direta, requer adequação da representação para que o exercício do poder jurisdicional não se constitua em arbítrio<sup>11</sup>.

No direito brasileiro, a representação adequada também é imprescindível nas ações voltadas à tutela de direitos transindividuais e individuais homogêneos. Na verdade, a representação adequada é indispensável em qualquer sistema que tutele direitos sem a participação direta dos seus titulares. Tratando-se de compensação da participação direta e, portanto, de mecanismo destinado a permitir a participação em local em que o poder estatal é exercido, a representação adequada é elemento integrante da estrutura do processo civil democrático.

---

11 Ver Christopher Hodges, *Multi-party actions*. Oxford: Oxford University Press, 2001; Christopher Hodges, *The reform of class and representative actions in european legal system - a new framework for collective redress in Europe*. Oxford: Hart, 2008; Dan Dobbs, *Law of remedies - damages - equity - restitution*. 2ª ed., St. Paul: West, 1993; David Shapiro, *Class actions: the class as party and client*. *Notre Dame Law Review*. University of Notre Dame, 1998; Deborah Hensler, et al. *Class action dilemmas - pursuing public goals for private gain*. Santa Monica: RAND Institute for Civil Justice, 2000; Deborah Hensler, et al. *Preliminary results of the RAND study of class action litigation*. Santa Monica: RAND, 1997; Doug Rendleman. *Complex litigation, injunctions, structural remedies, and contempt*. New York: Foundation Press, 2010; Edward Bilich e Suzette Malveaux, *Class actions and other multi-party litigation - cases and materials*. 2ª ed., St. Paul: Thomson-West, 2006; John Bronstee e Owen Fiss. *The class action rule*. *Notre Dame Law Review*. Vol. 78, 2003; Rachael Mulheron, *The class action in common law legal systems - a comparative perspective*. Portland: Hart, 2004; Richard Marcus e Edward Sherman, *Complex litigation - cases and materials on advanced civil procedure*. 3ª ed., St. Paul: West Group, 1998; Richard Nagareda. *The law of class actions and other aggregate litigation*. New York: Foundation Press, 2009; Robert Klonoff, Edward Bilich e Suzette Malveaux, *Class actions and other multi-party litigation - cases and materials*. 2ª ed., St. Paul: Thomson-West, 2006.

O que pode variar, assim, é apenas a forma para alcançá-la. No direito estadunidense, qualquer membro do grupo, efetivamente comprometido com os direitos da classe e apto a defendê-los com vigor, pode autonomar-se representante. Porém, além de notificação dever ser feita aos membros do grupo de modo a informá-los sobre o que ocorrerá perante o juiz e a respeito das funções e qualidades do representante, há oportunidade para impugnação da representação, bem como para requerimento de exclusão do grupo (*right to opt out*). No Brasil, como é sabido, a lei é quem define o legitimado coletivo ou, em outros termos, o representante adequado, conforme especialmente a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, bem como o Estatuto da criança e do adolescente, a Lei de proteção da mulher contra a violência doméstica (Lei n. 11.340/2006), a Lei de tutela do idoso (Lei 10.741/2003), a Lei de tutela das pessoas portadoras de deficiência (Lei n. 7.853/89), a Lei de tutela dos negros contra a discriminação racial (Lei 12.228/2010) e a Lei de tutela dos investidores do mercado de valores mobiliários (Lei 7.913/89).

No direito brasileiro, quando em jogo direitos individuais homogêneos, é impossível pensar em excluir o representante adequado, sob pena de violação ao devido processo legal. Portanto, o incidente de resolução de demandas deveria ter previsto, nos moldes da tradição do direito brasileiro, a participação dos legitimados adequados à tutela dos direitos dos litigantes excluídos. Contudo, o incidente nada previu em termos de representação adequada. O legislador partiu da premissa de que o incidente não estaria a resolver questão da titularidade dos litigantes das demandas repetitivas, mas simplesmente a abrir oportunidade à elaboração de precedente obrigatório (art. 927, III, CPC) sobre questão de direito – curiosamente do interesse dos litigantes excluídos.

Olhando-se o incidente à luz da representação adequada, seria possível dizer que qualquer litigante das demandas que se repetem pode se autonomar representante ou imputar a outro litigante este encargo, nos moldes do sistema estadunidense. Ocorre que, nos Estados Unidos, confere-se aos membros da classe oportunidade para impugnar a representação adequada - que, frise-se, também se estende à possibilidade de impugnação da capacidade técnica do advogado -, além de sair do grupo. Mais do que isso: no direito estadunidense o juiz tem dever de rigorosamente controlar a adequação da representação no caso concreto, evitando não só exercer poder em face de pessoas ou grupos destituídos de voz, mas também afetar sujeitos ou classes que não têm condição de influenciar o seu convencimento.

Em contrapartida, no incidente pouco importa se o litigante que se coloca como autor, ou a quem é imposta a condição de réu pelo seu adversário, tem vontade e capacidade técnica para estar à frente dos litigantes excluídos. Esta é uma questão ignorada pela lei processual. Assim, certamente não se verifica, por exemplo, se o autor ou o réu que se coloca no lugar dos excluídos sustentou suas razões no julgamento do incidente, nos termos do art. 984, II, “a” do Código de Processo Civil, que confere ao autor e ao réu do processo originário o prazo de trinta minutos para tanto. Também se ignora se o advogado da parte que faz as vezes dos excluídos é habituado a sustentações orais no tribunal ou se a parte tem condições financeiras para sustentar a viagem do seu advogado à sede de Tribunal Regional Federal, quando o processo originário é oriundo de comarca sediada em outro estado. Estes são apenas exemplos para evidenciar o completo descaso em relação à representação adequada da parte do processo originário, o qual pode se tornar ainda mais dramático quando se tem em conta que o processo originário, que deu origem ao incidente, pode ser estrategicamente identificado pelo litigante que é parte em todas as demandas repetitivas para ter a oportunidade de se defrontar perante o tribunal com parte cujo advogado não vem se esforçando na defesa do seu constituinte, ou já apresentou peças processuais com argumentação insuficiente<sup>12</sup>.

No incidente também não importa a vontade dos litigantes excluídos, que não podem deixar de se submeter à decisão, estando, aliás, numa posição muito mais difícil do que a dos titulares de direitos individuais homogêneos representados na ação coletiva pelos legitimados *ope legis* à propositura da ação coletiva. É que na ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos a coisa julgada não prejudica os representados em caso de improcedência do pedido (art. 103, III, CDC). Anote-se que o art. 103, § 2º do CDC afirma que, “na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual”.

Por fim, sequer se imagina a possibilidade de os excluídos não concordarem ou impugnarem a presença de determinado litigante como representante adequado no incidente. Na verdade, todo o raciocínio antes desenvolvido foi realizado apenas para demonstrar que o legislador obviamente não viu a parte presente no incidente como um representante adequado.

---

12 David Rosenberg, *Mass Tort Class Actions: What Defendants Have and Plaintiffs Don't*. *Harvard Journal on Legislation*, 2000, p. 393 e ss.



Se a participação é imprescindível para a legitimação do exercício do poder jurisdicional, nos processos em que direitos são reivindicados à distância da presença dos seus titulares a representação adequada é a fórmula que dá corpo ao devido processo legal. No incidente de resolução de demandas repetitivas sequer se pensou na necessidade de representação adequada, seja na representação adequada *ope legis*, prevista especialmente na Lei da Ação Civil Pública e no CDC, seja numa eventual - e em desacordo com a tradição do direito brasileiro - representação adequada *ope judicis*. Isso fica absolutamente claro em face do modo como o incidente trata da participação das partes do processo originário no incidente, que não podem ter a sua condição de representante adequado sequer aferida pelo tribunal ou impugnada pelos litigantes não-partes do incidente. Assim, não obstante se possa deixar de lado a ideia de que o devido processo legal depende necessariamente de participação direta, admitindo-se a suficiência da representação adequada em caso de processo coletivo, não há qualquer possibilidade de sustentar que o incidente de resolução de demandas repetitivas, nos termos em que estruturado pelo Código de Processo Civil de 2015, está de acordo com o *due process*.

#### **4 - O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS, TAL COMO DESENHADO PELO LEGISLADOR, É INCOMPATÍVEL COM DEVIDO PROCESSO LEGAL**

O incidente de resolução de demandas repetitivas parte do pressuposto de que os interessados na decisão a ser proferida, e que, portanto, indiscutivelmente têm o direito constitucional de discutir a questão a ser decidida, não precisam ser representados. É absurdo, porém verdadeiro. O Código de Processo Civil alude apenas àqueles que podem requerer a instauração do procedimento (art. 977, CPC) e à possibilidade de manifestação de “pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia” (art. 983, CPC). Nada diz sobre aqueles que estariam representando os interessados, num bizarro esquecimento do significado de processo civil democrático e de tutela coletiva dos direitos.

O incidente de resolução de demandas, nos termos em que está posto pelo Código de Processo Civil, constitui uma técnica que nega o direito fundamental de ação, ou seja, o direito a um dia perante a Corte, dando origem a uma espécie de “justiça dos cidadãos sem rosto e fala”, para a qual pouco importa saber se há participação ou, ao menos, “representação adequada”.

## 5 - ILEGÍTIMA E INCONSTITUCIONAL OPÇÃO POR QUEM VIOLA DIREITOS EM MASSA

Mas a situação é ainda pior. O incidente não apenas cala os interessados, que na verdade são as pessoas que tiveram os seus direitos violados em massa e, assim, necessitam propor ações individuais que contêm questões prejudiciais idênticas. Bem vistas as coisas, o incidente privilegia aqueles que violam direitos ou produzem danos em massa.

É interessante retornar ao direito estadunidense para demonstrar a que ponto de ilegitimidade constitucional chegou o procedimento do incidente. Nos Estados Unidos, utiliza-se o *collateral estoppel* em casos de acidentes que dão origem a múltiplos danos. Assim, por exemplo, em casos de acidentes aéreos e ferroviários. Num acidente deste tipo, se existem centenas de prejudicados, a derrota da empresa dita responsável na primeira ação pode torná-la responsável perante os demais prejudicados – obviamente que considerada, entre outros pontos, a devida oportunidade de participação da empresa no processo em que a decisão foi tomada.

Contudo, como a decisão não pode prejudicar aquele que não participou do processo, uma decisão em favor da empresa, que negue a sua responsabilidade no acidente, não se estende aos demais acidentados, impedindo-os de relitigar a questão da responsabilidade. Essa circunstância, que obviamente não poderia ser pensada de outro modo sob pena de violação do “right to a day in Court”, levou a doutrina estadunidense a afirmar que o *offensive collateral estoppel*, nos casos de danos múltiplos, estaria a impor um excessivo ônus de defesa àquele a quem a responsabilidade é atribuída. O dito responsável, para se livrar do dever de indenizar, teria que se defender em todas as ações individuais.

Quando alguém pode ser responsabilizado diante de muitos em razão de uma decisão desfavorável, mas nenhuma vantagem tem em face dos demais ao obter uma decisão positiva, surge aos membros do grupo inúmeras chances - a dar origem a diversas estratégias - para a obtenção de decisão favorável, ao passo que aquele que pode ser responsabilizado assume uma pesada posição, considerando-se a necessidade de o procedimento e a técnica processual tratar as partes de modo equilibrado.

Para resolver o problema, foram apresentadas várias alternativas<sup>13</sup>. Entre elas, argumentou-se que a parte que pode ser afrontada por

13 Eli J. Richardson, Taking issue with preclusion: reinventing Collateral Estoppel. *Mississippi Law Journal*, vol. 65, 1995; Steven P. Nonkes, Reducing the unfair effects of nonmu-

muitos pode requerer a chamada de todos para participar da primeira ação proposta. Mas, se não há chamamento por desídia do sujeito dito responsável, esse continua sujeito a tantas demandas quantos forem os prejudicados, sempre se sujeitando aos efeitos da questão preclusa ou da proibição de relitigar.

Lembre-se que, como o terceiro prejudicado não pode ser proibido de discutir a questão decidida, o *non-mutual collateral estoppel* apenas pode ser invocado em face da parte que adequadamente participou em contraditório. Porém, quando um conflito envolve centenas de lesados em face de uma empresa dita responsável, advertiu-se, para evitar um pesado ônus ao afirmado infrator, que esse pode requerer o chamamento de todos aqueles que podem demandá-lo (*mandatory joinder*<sup>14</sup>). A convocação dos terceiros ocorre para que o dito infrator não seja excessivamente exposto à necessidade de se defender e, assim, para que os seus direitos processuais não sejam tratados de forma desequilibrada diante dos direitos dos seus adversários. Perceba-se que o direito estadunidense transforma a ação individual numa ação coletiva, em que todos os lesados participam, para preservar o grande benefício da proibição de relitigação de uma mesma questão<sup>15</sup>.

No Brasil o raciocínio é *exatamente oposto, capaz de estimular os interesses dos violadores de plantão*. Opta-se por uma estratégia em que se nega participação aos lesados e se confere ao infrator oportunidade incondicional de estar presente no único local em que a questão será resolvida. O incidente simplesmente prefere ignorar os lesados, dando oportunidade para o afirmado violador ou responsável participar sem ter qualquer adversário capaz de representar aqueles que entendem que os seus direitos foram violados. Diante do incidente, ao invés de se privilegiar o direito constitucional de participar dos lesados, consagra-se a oportunidade de o infrator sempre estar presente, concentrando esforços num único local.

---

tual issue preclusion through damages limits, *Cornell Law Review*, vol. 94, 2009.

14 Helen Hershkoff, *Aggregation of parties, claims, and actions, Civil litigation in comparative context*, New York: Thomson/West, 2007, p. 369 e ss.

15 Isso significa que a coletivização da demanda individual nada mais é do que uma garantia do litigante único e não algo que pode ser utilizado para abreviar de forma indevida a tutela dos direitos dos membros dos grupos.

## 6 - O DESCASO EM RELAÇÃO À AÇÃO COLETIVA E A PREFERÊNCIA PELO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

A sociedade contemporânea é uma sociedade de massa – de produção em massa. Os conflitos de massa nada mais são do que uma particularidade deste modelo de sociedade. Nestes conflitos, um dos polos é sempre ocupado pelo produtor ou fornecedor e o outro pelos vários usuários, consumidores ou simplesmente lesados. Essa relação fez surgir o que foi designado pelo legislador de “direitos individuais homogêneos”, para os quais foi estabelecido um modelo procedimental diferenciado, caracterizado por uma nova ideia de legitimidade para a causa – dos legalmente definidos como representantes adequados (art. 5º, Lei da Ação Civil Pública, e art. 82 do CDC) - e de coisa julgada material – *erga omnes* (art. 103, III, CDC)

A coisa julgada *erga omnes* é sustentada pela outorga de legitimidade a entes vistos pelo legislador como capazes de efetivamente representar e tutelar os direitos das pessoas que não participam diretamente do processo. Embora a outorga de legitimidade *ad causam* a entes capazes constitua o ponto chave da aprovação do procedimento legal em face do *due process*, o sistema faz questão de afastar a coisa julgada *erga omnes* quando o pedido é julgado improcedente. Em caso de improcedência, como diz o art. 103, § 2º, do CDC, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor as suas ações individuais.

Este sistema, além de preservar e garantir os direitos processuais constitucionais dos litigantes - que têm a garantia de serem adequadamente representados e, portanto, têm preservado o direito de participar e ser ouvido -, ainda representa um mecanismo que favorece uma posição ativa da sociedade diante do Estado<sup>16</sup>.

É difícil entender o motivo pelo qual o legislador tem sido indiferente à ação coletiva, como recentemente aconteceu quando deixou de considerar o projeto de reforma da Lei da Ação Civil Pública e, após, quando desprezou a importância da regulação de um adequado sistema coletivo de tutela de direitos no Código de Processo Civil de 2015.

O legislador tem o dever de criar canais de comunicação entre a sociedade e o Judiciário, ou melhor, canais que viabilizem a participação do povo na reivindicação da tutela judicial dos seus direitos, sob pena de

16 Como escreve Denti, “sembra indubbio che l'utilizzazione delle azioni giudiziali a tutela di interessi collettivi vada inquadrata nell'ampio contesto della partecipazione pubblica ...” (Vittorio Denti, *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna: Il Mulino, 1982, p. 192).

violar o seu dever normativo de tutelar os direitos fundamentais, especialmente o direito fundamental de participação do cidadão no poder, ou seja, no processo em que os seus direitos são definidos.

Note-se que isto apenas pode ser feito mediante um canal ou procedimento que abra oportunidade à participação, vale dizer, ao exercício do direito de falar e de influir sobre a Corte, para o que, tratando-se de direitos de membros de grupos ou de direitos individuais homogêneos, é obviamente imprescindível pensar em representação adequada ou na outorga de legitimação a entes capazes de representar os titulares dos direitos que deixam de *diretamente* participar.

Tudo evidencia, portanto, que o legislador de modo ilegítimo e inconstitucional preferiu instituir um incidente para a definição de direitos múltiplos sem que os seus titulares tivessem qualquer possibilidade de participação, ainda que indiretamente mediante a representação dos entes capazes de representá-lo, como os já definidos na Lei da Ação Civil Pública e no CDC. Mas a pretensão do legislador torna-se ainda mais reprovável quando se vê que ele “facilitou as coisas” exatamente àqueles que não podem ser privilegiados em face dos direitos fundamentais, ou seja, àqueles que frequentemente se colocam na posição de violadores dos direitos em massa.

## 7 - CORREÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE

A doutrina tem sério e inafastável compromisso com os direitos fundamentais. Assim, obviamente não pode dizer “amém” a um procedimento que, sob o pretexto de dar otimização à resolução das demandas, viola claramente o direito fundamental de ser ouvido e de influenciar o juiz.

Não há como negar a realidade: no incidente de resolução de demandas repetitivas julga-se questão de muitos em processo de alguns. Como é óbvio, se no Estado Democrático de Direito a participação é indispensável requisito de legitimação do exercício do poder, não há como imaginar que uma decisão – ato de positivação do poder estatal – possa gerar efeitos em face de pessoas que não tiveram oportunidade de participar ou não foram adequadamente representadas.

Contudo, a invalidez constitucional de um procedimento é resultado extremo, que deve ser evitado quando se pode corrigi-lo de modo a dar-lhe legitimidade constitucional. Admitindo-se que o legislador cometeu um equívoco, ou seja, que não quis excluir a possibilidade de participa-

ção indireta do litigante, porém apenas se esqueceu de regulá-la, há como aceitar a possibilidade de a doutrina e os tribunais, mediante interpretação, corrigirem o desvio do legislador, evitando-se, assim, a simples proclamação da invalidade ou da inconstitucionalidade do incidente, cuja repercussão sobre o novo sistema processual civil certamente não seria boa.

## 8 - A RESSURREIÇÃO DA FORÇA DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA

O legislador limitou-se a definir aqueles que podem requerer a instituição do incidente de resolução: o juiz ou o relator, de ofício, as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública (art. 977, CPC). A norma mistura juiz e relator com partes de um caso repetitivo e com o Ministério Público e a Defensoria Pública. Evidentemente, os últimos, mas jamais os primeiros, podem ser vistos como representantes adequados dos litigantes excluídos de participação direta. Porém, o que faz a norma falar em Ministério Público e em Defensoria evidentemente não é o dever de tutela dos direitos dos membros do grupo, mas um mero interesse “público” de otimizar a administração da prestação jurisdicional.

Por outro lado, a ideia de ouvir “interessados” na solução da controvérsia, posta no *caput* do art. 983 do Código de Processo Civil, nada tem a ver com a necessidade de dar voz aos excluídos, ou seja, com “representatividade adequada. Tem, isto sim, relação com a amplificação do debate em torno de questões de “interesse geral”. Note-se que o § 1º do mesmo art. 983 diz que, “para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria”. Há aí nítida alusão à função exercida pelos *amici curiae* em Cortes vocacionadas à definição de questões jurídicas de interesse da sociedade. A instituição da técnica que abre oportunidade à intervenção de *amici* num incidente destinado à resolução de questão repetitiva – na maioria das vezes de simples solução e unicamente do interesse dos litigantes excluídos – é surpreendente, pois pretende *incentivar o diálogo* sobre questão que está *proibida de ser discutida* pelas próprias partes que têm o *direito constitucional de litigá-la*.

De qualquer forma, o art. 984 deixa ainda mais claro que as únicas partes que participam do incidente são o autor e o réu do processo originário. O art. 984, II, afirma que poderão sustentar suas razões, sucessivamente: a) *o autor e o réu do processo originário* e o Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, bem como b) os demais interessados, no

prazo de trinta minutos, divididos entre todos. De acordo com o art. 976 do código, o Ministério Público tem obrigação de intervir como fiscal da lei. De modo que a norma claramente supôs que a participação do autor ou do réu seria suficiente. Porém, como já demonstrado, o código não vê a parte como “representante adequado”.

Quer dizer que, realmente, é preciso elaborar um raciocínio interpretativo sofisticado para salvar a constitucionalidade do procedimento. É necessário resgatar a força da representatividade adequada, considerando-se as normas da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, que conferem legitimidade para a representação dos membros dos grupos perante as ações coletivas ou, mais especificamente, para a tutela dos direitos individuais homogêneos mediante a via coletiva.

Lembre-se que, de acordo com o art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, têm legitimidade para a ação civil pública: i) o Ministério Público; ii) a Defensoria Pública; iii) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; iv) a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; v) a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil; e b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Com o mesmo objetivo, o art. 82 do CDC define como legitimados à tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: i) o Ministério Público; ii) a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; iii) as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; e iv) as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

Dentre os entes legitimados, merecem destaque o Ministério Público, a Defensoria Pública e as associações. Esses têm poder, estabelecido tanto na Lei da Ação Civil Pública quanto no CDC, para defender os grupos cujos direitos são violados em massa, ou seja, os “decorrentes de origem comum”. Vale dizer: os direitos que dependem da análise de se há responsabilidade pelos danos, responsabilidade em virtude dos inadimplementos ou dever decorrente dos ilícitos. Lembre-se, aliás, que o art. 95 do CDC afirma que, “em caso de procedência do pedido, a condenação

será *genérica*, fixando a *responsabilidade* do réu pelos danos causados”.

Tanto a responsabilidade pelos danos ou pelos inadimplementos, quanto o dever legal em face dos ilícitos, devem constituir uma “questão comum” a todos os danos, inadimplementos ou ilícitos, ou seja, uma “mesma questão” ou uma “questão idêntica” em relação a todas as pretensões individuais. Significa dizer que a questão idêntica, objeto do incidente de resolução de demandas, nada mais é do que a questão prejudicial que dá corpo aos direitos individuais homogêneos, abrindo oportunidade à tutela dos direitos individuais na forma coletiva.

O fato de o incidente limitar as “questões idênticas” às questões de direito obviamente não repercute sobre a legitimidade dos entes habilitados a tutelar os direitos individuais homogêneos. Os definidos como legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos pela Lei da Ação Civil Pública e pelo CDC devem ser vistos como aqueles que podem representar os excluídos no incidente e, assim, resgatar a sua legitimidade constitucional.

Na verdade, as limitações que muitas vezes são feitas à legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública para proteger determinadas espécies de direitos individuais homogêneos necessariamente devem ser deixadas de lado diante do incidente. Embora o ideal, em termos de amadurecimento da sociedade civil, seja a participação cada vez maior das associações, certos tipos de direitos podem não contar com associações organizadas voltadas à sua tutela. Não fosse isso, o fato é que, diante do incidente, o problema não está propriamente na busca de alguém que tenha relação com o direito discutido, mas na participação de alguém que tenha legitimidade para suprir a não participação dos excluídos ou dos litigantes que ficam à espera da decisão a ser tomada.

Daí a razão pela qual a Defensoria Pública deve ter grande espaço para atuar em favor dos litigantes que não podem ser ouvidos, desconsiderando-se se estes *economicamente* necessitam ou não da tutela de um Defensor Público. Por identidade de razões, na falta de participação de associação legitimada ou da Defensoria Pública, o Ministério Público *necessariamente* deve assumir a posição de *parte*, ou seja, de defensor dos direitos individuais dos litigantes que não podem falar perante a Corte, de nada importando se os direitos têm natureza tributária etc.

Perceba-se que a força da representação adequada, no incidente, tem que ser mais vigorosa do que a presente na ação coletiva destinada à tutela de direitos individuais homogêneos, regulada pela Lei da Ação Civil Pública e pelo CDC. É que a sentença de improcedência, nesta ação



coletiva, não prejudica os representados que não ingressaram no processo coletivo na qualidade de litisconsortes (art. 103, § 2º, CDC). Ao contrário, no incidente os litigantes excluídos podem ser prejudicados, uma vez que a coisa julgada sobre a questão é *pro et contra*. Ora, quando os representados apenas podem ser beneficiados, sobrando-lhes sempre a ação individual em caso de improcedência, a adequação da representação acaba tendo importância muito menor.

Outra alternativa para a correção da constitucionalidade estaria no controle da representação adequada no caso concreto, nos moldes da *class action* do direito estadunidense. Admitir-se-ia que a parte do processo originário pode autonegociar-se ou ser nomeada pelo seu adversário representante dos litigantes das demandas repetitivas. Nesse caso os litigantes excluídos teriam a possibilidade de impugnar a parte enquanto representante adequado e o tribunal possuiria a grave incumbência de controlar a representação, considerando atentamente as circunstâncias do caso e a capacidade da parte – e de seu advogado – para sustentar de maneira vigorosa e adequada as razões também pertencentes aos demais litigantes<sup>17</sup>.

O art. 979 do Código de Processo Civil, ao advertir que a “instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”, deve ser invocado para abrir oportunidade para a participação dos entes legitimados ou, na outra opção para a correção da inconstitucionalidade, para que os litigantes excluídos possam impugnar a parte enquanto representante adequado e, eventualmente, requerer o ingresso no incidente.

Essa “ampla e específica divulgação e publicidade” deve dar aos vários legitimados à tutela dos direitos em disputa, nos termos da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, a possibilidade de ingressar no incidente para a efetiva defesa dos direitos. Cabe-lhes, afinal, a tutela dos direitos dos membros dos grupos, ou seja, dos direitos daqueles que têm casos pendentes que reclamam a solução de “questão idêntica”<sup>18</sup>.

A falta de intervenção na qualidade de parte de qualquer associa-

17 É interessante que, desta forma, estaria superado o equívoco – presente no sistema formado pela Lei da Ação Civil Pública e pelo CDC – em não se prejudicar os representados em caso de sentença de improcedência. Na verdade, se o processo coletivo depende de representação adequada, os representados têm que ser beneficiados ou prejudicados, conforme a sentença seja de procedência ou de improcedência.

18 Ver Sérgio Arenhart, *A tutela coletiva de interesses individuais*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

ção ou da Defensoria Pública, que igualmente deverá ser intimada com base no 979, impõe, inevitavelmente, a intervenção do Ministério Público na qualidade de legitimado à tutela dos direitos dos litigantes. Aliás, se não for assim o incidente estará retirando não só do Ministério Público, mas também da Defensoria Pública e dos demais legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos o poder-dever de tutelá-los.



# GARANTÍAS PROCESALES PARA LA PROTECCIÓN DE LAS TIERRAS ANCESTRALES DE LA PROPIEDAD COLECTIVA INDÍGENA<sup>1</sup>

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO<sup>2</sup>

## 1 - INTRODUCCIÓN

Hay derechos colectivos y difusos que no son estudiados como parte de las denominadas acciones colectivas, sin embargo la protección de las tierras ancestrales y la subsistencia de las poblaciones indígenas del continente americano, tiene características similares en cuando a su protección, esto es factible concluir por la dimensión de las sentencia que ha generado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las cuales tienen efecto *erga omnes*, inclusive estos fallos han resultado ser más vanguardista que el Convenio 169 de los Pueblos Indígenas y Tribales, lo que potencializa el beneficio para los 826 pueblos en América, con una población de 45 millones, pero como todos los problemas no puede ser atendidos por el tribunal interamericano, es ello que se creado la obligación a los jueces y a todas las autoridades dentro de sus competencias, a los Estados Parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través del control difuso de convencionalidad, a quienes les corresponde aplicar los estándares de protección a las comunidades indígenas.

El control difuso de convencionalidad es una exigencia para los jueces de Latinoamérica, parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, esto implica un cambio de paradigma de la manera de interpretar, comprender, y aplicar el derecho, es un canje dinámico y extensivo, porque las normas convencionales han penetrado en el derecho positivo de las naciones, que por mucho tiempo se limitaron a desarrollar su actividad en un circuito jurídico cerrado, ahora se pretende romper los moldes positivistas, cuando éstos sean contrarios al objeto y fin de proteger con eficacia los derechos humanos.

Esta transición de la cultura jurídica enfrenta a muchos detracto-

- 1 Artículo resultado del Proyecto de Investigación de la Estancia Posdoctoral Vinculada al Fortalecimiento de la Calidad del Posgrado Nacional del Conacyt en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco 2018 del Doctorado Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos.
- 2 \*Profesor en Estancia Posdoctoral de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco e Investigador Nacional por el SNI-Conacyt. Nivel 1. Líneas de investigación: Derechos Humanos; derecho constitucional y derecho convencional. Correo: lazcanoalf14@hotmail.com

res, que no están “convencidos” del este modelo flexible cuyo eje principal es el control de convencionalidad, sin embargo la simiente ya está en proceso y en su etapa de “adolescente”.

En materia de protección de derechos de los pueblos indígenas y tribales, es la Corte Interamericana de Derechos Humanos el organismo jurisdiccional convencional quien lleva la vanguardia en esta materia.

## 2 - CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD

*Es la pieza más importante del SIDH porque transforma a los jueces nacionales en jueces internacionales, así como a la población en general en sujetos de derecho internacional, y permite ampliar la cobertura de protección a todos los rincones de los países que integran el SIDH. La idea de control difuso de convencionalidad implica que todos los jueces de los países que pertenecen al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos sin distinción, están constreñidos de oficio en la solución de casos concretos, a jerarquizar los tratados internacionales (convenciones) y la interpretación de la Corte (IDH) ante cualquier acto contrario a éstos, incluyendo el derecho creado en el ámbito interno, es decir, el derecho interamericano es fuente formal directa del derecho nacional (Martínez Lazcano, 2013, p. 54.).*

Pero en caso de que los jueces nacionales no cumplan con el deber suscrito por los Estados parte, existen instituciones garantes del *Corpus Iuris Latinoamericano*, que de manera subsidiaria supervisan la observancia de los compromisos en materia de derechos humanos.

*Las normas convencionales provocan que “la norma constitucional se amplíe con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en lo relacionado con la carta de derechos y con un órgano jurisdiccional que garantiza su cumplimiento: la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), como órgano principal de la jurisdicción constitucional transnacional” (Velandia Canosa, 2013, p. 198).*

### 2.1 - IMPACTO SISTEMAS NACIONALES

*El primer impacto es en el ámbito normativo, al incrustarse el *Corpus Iuris Latinoamericano* en el derecho positivo nacional para formar un todo, pero no es una simple amalgama, el ingreso es a la zona exclusiva (V.I.P.) por su jerarquía.*

En segundo término obliga a los jueces de todos los niveles a prepararse, conocer y operar el *Corpus Iuris Latinoamericano*; tercero, a aplicar el *Corpus Iuris Latinoamericano* de oficio; cuarto, como consecuencia, dejar de aplicar normas nacionales que sean contrarios al *Corpus Iuris Latinoamericano*, de esta forma el control difuso de convencionalidad realiza una tarea de depuración de normas inconventionales<sup>3</sup>, y quinto, el núcleo del esencial y prudencial del SIDH lo determina por el principio *pro persona*.

La fusión entre las normas constitucionales y convencionales se denomina bloque de constitucionalidad, así en el ámbito regional americano la interrelación entre derecho constitucional y derecho internacional de los derechos fundamentales o humanos adquiere una dimensión especial y más estrecha, constituyendo una verdadera fusión y un único sistema de derechos, los cuales se alimentan de la fuente interna constitucional y de las fuentes del derecho internacional, incorporándose esta últimas generalmente como parte del bloque constitucional de derechos (El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno, 2012, p. 150).

## 2.2 - SIDH ES ABIERTO Y DINÁMICO

El SIDH es abierto y dinámico porque no sólo está conformado con las normas, principios y directrices plasmados en los tratados internacionales, sino su alcance se va nutriendo con la interpretación y aplicación que hacen las instituciones de supervisión, esencialmente la Corte IDH.

Así la incorporación de los nuevos criterios al *Corpus Iuris Latinoamericano* vía jurisprudencia (sentencias), opiniones consultivas, medidas provisionales y supervisión de cumplimiento de sentencia, hace dinámico al SIDH.

La creación de jurisprudencia es un acto materialmente legislativo de ámbito internacional aunque formal jurisdiccional.

De esta manera “el sistema, que se encuentra en constante evolución, debe ser interpretado de acuerdo al contexto dado al momento en que se requiere la interpretación del instrumento en cuestión, siguiendo de esa forma la tesis sobre la interpretación de los documentos internacio-

3 Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. (a. 2 de la Convención IDH).

nales formulada por la Corte Internacional de Justicia. Por consiguiente, la fuerza legal de la Declaración Americana no puede ser determinada a la luz de lo que los Estados firmantes consideraron en 1948, sino que debe para ello tenerse en consideración la evolución general del sistema. Esta idea enfatiza que la interpretación en este campo debe ser una interpretación dinámica” (Margaroli, y otros, 2011, p. 59-60).

### 3 - JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

Hay una serie de interpretaciones que la Corte IDH ha desarrollado a los derechos colectivos de las poblaciones indígenas dentro su competencia jurisdiccional, con la finalidad de garantizar la subsistencia de éstas y su desarrollo, de manera esencial a través de la protección a la propiedad social al tutelar la conservación y reivindicación de las tierras ancestrales, mediante una nueva definición dinámica al artículo 21 de la Convención ADH, a la par de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo.

Entre los parámetros desarrollados por la Corte IDH está la protección convencional de las tierras de comunidades indígenas, mediante la delimitación física de la propiedad, el reconocimiento del derecho a la propiedad comunitaria de tierras y recursos naturales, a la reivindicación, en su caso, de sus tierras mediante recurso eficaz, el derecho a la demarcación y titulación de la propiedad sobre las tierras ancestrales, el deber del Estado de reconocer el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres, porque toda restricción a los derechos sobre las tierras y recursos naturales debe cumplir con el principio de proporcionalidad en sentido amplio, en base a:

- a) que hayan sido previamente establecidas por ley;
- b) que sean necesarias;
- c) Que sean proporcionales y
- d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.

El derecho a ser consultados y promover la participación de las comunidades indígenas y tribales en las decisiones de proyectos a realizar en tierras ancestrales, así como ser consultados cuando se pretenda establecer medidas administrativas o legislativas que afecte a las comunidades sobre sus tierras ancestrales, así como la obligación del Estado de estructurar

normas e instituciones que regulen y efectúen las reuniones necesarias con las comunidades indígenas de conformidad con los estándares internacionales en la materia, y, en su caso, la obligación de obtener consentimiento en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, que las consultas previas se realicen dentro del Plazo razonable, de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y establecer mecanismos eficaz de reclamación de tierras ancestrales de los pueblos indígenas.

### **3.1 - DELIMITACIÓN FÍSICA DE LA PROPIEDAD**

La Corte IDH concuerda con el Estado en el sentido de que tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana. No obstante, el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad (Comunidad Indígena Yakye Axa, 2005, párrafo 143).

### **3.2 - EL DERECHO A LA PROPIEDAD COMUNITARIA DE TIERRAS Y RECURSOS NATURALES**

La Corte IDH ha considerado que la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardadas por el artículo 21 de la Convención Americana (Comunidad Indígena Xákmok Kásek, 2010, párrafo 85).

### **3.3 - DERECHO A LA REIVINDICACIÓN DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA DE TIERRAS MEDIANTE RECURSO EFICAZ**

La Corte IDH reitera nuevamente que ante tierras explotadas y productivas es responsabilidad del Estado, a través de los órganos nacionales competentes, determinar y tener en cuenta la especial relación de los miembros de la comunidad indígena reclamante con dicha tierra, al momento de decidir entre ambos derechos. De lo contrario, el derecho de reivindicación carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales. Limitar de esta forma la realización efectiva del derecho a



la propiedad de los miembros de las comunidades indígenas no sólo viola las obligaciones del Estado derivadas de las disposiciones de la Convención ADH relativas al derecho a la propiedad, sino que también compromete la responsabilidad del Estado en relación a la garantía de un recurso efectivo y constituye un trato discriminatorio que produce exclusión social (Comunidad Indígena Xákmok Kásek, 2010, párrafo 149).

### **3.4 - LA CORTE IDH CONSIDERA QUE ES NECESARIO HACER EFECTIVOS LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y EN LA LEGISLACIÓN NICARAGÜENSE, DE CONFORMIDAD CON LA CONVENCIÓN ADH.**

En consecuencia, el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención ADH, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta. (Comunidad Mayagna (Sumo) Awa, 2001, párrafo 138).

### **3.5 - LÍMITES Y RESTRICCIONES A LA PROPIEDAD COLECTIVA DE LAS POBLACIONES INDÍGENAS**

No obstante, la protección del derecho a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención ADH no es absoluta y, por lo tanto, no permite una interpretación así de estricta. Aunque la Corte IDH reconoce la interconexión entre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de sus tierras y el derecho a esos recursos necesarios para su supervivencia, dichos derechos a la propiedad, como muchos otros de los derechos reconocidos en la Convención ADH, están sujetos a ciertos límites y restricciones. En este sentido, el artículo 21 de la Convención ADH establece que *«la ley podrá subordinar [el] uso y goce de [los bienes] a los intereses de la sociedad»*. Por ello, la Corte IDH ha sostenido en otras ocasiones que, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. En consonancia con esta disposición, el Estado podrá restringir, bajo ciertas condiciones, los derechos de los integrantes del pueblo Saramaka a

la propiedad, incluidos sus derechos sobre los recursos naturales que se encuentren en el territorio (Pueblo Saramaka, 2007, párrafo 127).

### **3.6 - RECONOCIMIENTO OFICIAL DE LA PROPIEDAD A TRAVÉS DE SU DELIMITACIÓN, DEMARCACIÓN Y TITULACIÓN, LA DEVOLUCIÓN DE LOS TERRITORIOS INDÍGENAS**

La Corte IDH destaca que en este caso contra Chile no se ha sometido a su consideración ninguna alegada violación del derecho a la propiedad comunal en relación con el artículo 21 de la Convención ADH. No obstante, este Tribunal recuerda la importancia de los criterios jurisprudenciales que ha desarrollado en sentencias de casos contra Nicaragua, Paraguay, Surinam y Ecuador en relación con el contenido y alcance del derecho a la propiedad comunal, tomando en cuenta la estrecha relación de los pueblos indígenas con sus territorios. El Tribunal se ha pronunciado sobre las obligaciones estatales para garantizar dicho derecho, tales como el reconocimiento oficial de la propiedad a través de su delimitación, demarcación y titulación, la devolución de los territorios indígenas y la regulación de un recurso efectivo para resolver los reclamos correspondientes. (Norín Catrimán y otros, 2014, párrafo 157).

### **3.7 - CONSULTA Y PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y TRIBALES**

La Corte IDH ha establecido que “la obligación de consulta [a las comunidades y pueblos indígenas y tribales], además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional” y ha enfatizado la importancia del reconocimiento de ese derecho como “*una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal*” Se trata de criterios que los Estados deben observar al respetar y garantizar los derechos de los pueblos indígenas y sus miembros en el ámbito interno.

### **3.8 - ESTRUCTURAR NORMAS E INSTITUCIONES PARA A CONSULTA A LAS COMUNIDADES INDÍGENAS**

La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e inter-

nacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención ADH (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos. Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia. De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas. (Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, 2012, párrafo 166).

### **3.9 - DERECHO A SER CONSULTADO Y, EN SU CASO, LA OBLIGACIÓN DE OBTENER CONSENTIMIENTO**

La Corte IDH ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones. Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido *los* riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma

voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones. (Pueblo Saramaka, 2007, Párrafo 133).

### **3.10 - PLAZO RAZONABLE EN EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA**

Con respecto al ordenamiento jurídico interno que reconoce el derecho a la consulta previa, libre e informada, la Corte IDH ya ha observado que, en la evolución del *corpus juris internacional*, la Constitución ecuatoriana del año 2008 es una de las más avanzadas del mundo en la materia. Sin embargo, también se ha constatado que los derechos a la consulta previa no han sido suficiente y debidamente regulados mediante normativa adecuada para su implementación práctica. Por ende, bajo el artículo 2 de la Convención ADH, el Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales y modificar aquellas que impidan su pleno y libre ejercicio, para lo cual debe asegurar la participación de las propias comunidades (Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, 2012, párrafo 301).

### **3.11 - MECANISMO EFICAZ DE RECLAMACIÓN DE TIERRAS ANCESTRALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

Tomando en cuenta lo anterior y a la luz de las conclusiones a las que llegó el Tribunal en los capítulos referentes a los artículos 8, 21, 25 y 2 de la Convención ADH, la Corte IDH considera que es necesario que el Estado garantice el goce efectivo los derechos reconocidos en su Constitución Política y en su legislación, de conformidad con la Convención ADH. En consecuencia, el Estado, en un plazo razonable, deberá adoptar en su derecho interno, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención ADH, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo eficaz de reclamación de tierras ancestrales de los pueblos indígenas que haga cierto su derecho de propiedad y que tenga en cuenta su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres. (Sawhoyamaya, 2006, párrafo 235.)

### **3.12 - DEBIDO PROCESO EN LA REIVINDICACIÓN DE TIERRAS ANCESTRALES**

En lo que respecta a los miembros de los pueblos indígenas, la Corte IDH (Pueblo Saramaka, 2007, Párrafo 178) ha establecido que “*es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres*”. En especial, la Corte IDH ha sostenido que, para garantizar el derecho a la propiedad comunal de los integrantes de los pueblos indígenas, los Estados deben establecer “un recurso efectivo con las garantías de debido proceso [...] que les permita reivindicar sus tierras tradicionales.

### **3.13 - INDEMNIZACIÓN A PUEBLOS COMO PARTE DE LA REPARACIÓN INTEGRAL**

En el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku (2012, párrafo 317) la Corte IDH fijó una compensación de USD\$ 90.000.00 (noventa mil dólares de los Estados Unidos de América), por concepto de daño material, la cual debe ser entregada a la Asociación del Pueblo Sarayaku (*Tayjasaruta*), en el plazo de un año a partir de la notificación de la presente sentencia, para que inviertan el dinero en lo que el Pueblo decida, conforme a sus propios mecanismos e instituciones de toma de decisiones, entre otras cosas, para la implementación de proyectos educativos, culturales, de seguridad alimentaria, de salud y de desarrollo eco-turístico u otras obras con fines comunitarios o proyectos de interés colectivo que el Pueblo considere prioritarios.

En atención a las indemnizaciones ordenadas por la Corte IDH en otros casos, y en consideración de las circunstancias del caso, los sufrimientos ocasionados al Pueblo, a su identidad cultural, las afectaciones a su territorio, en particular por la presencia de explosivos, así como el cambio ocasionado en las condiciones y modo de vida de las mismas y las restantes consecuencias de orden inmaterial que sufrieron por las violaciones declaradas en la Sentencia, la Corte estimó pertinente fijar, en equidad, la cantidad de USD\$ 1.250.000,00 (un millón doscientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) para el Pueblo Sarayaku, por concepto de indemnización por daño inmaterial. Este monto debían ser entregados a la Asociación del Pueblo Sarayaku (*Tayjasaruta*), en el plazo de un año a partir de la notificación de la sentencia, para que inviertan el dinero en lo que el Pueblo decida, conforme a sus propios mecanismos e instituciones de

toma de decisiones, entre otras cosas, para la implementación de proyectos educativos, culturales, de seguridad alimentaria, de salud y de desarrollo eco-turístico u otras obras con fines comunitarios o proyectos de interés colectivo que el Pueblo considere prioritarios (párrafo 323).

### **3.14 - CAPACIDAD JURÍDICA COLECTIVA**

En este sentido, la Corte IDH en la sentencia ordenó al Estado consultar con el pueblo Saramaka al menos acerca de los *siguientes seis asuntos*:

(1) el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio de los *miembros del pueblo Saramaka*;

(2) el proceso mediante el cual se otorgue a los *miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran*;

(3) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho *de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos* bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado;

(4) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho *del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado*, de conformidad con sus tradiciones y costumbres;

(5) sobre los *resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental*, y

(6) en relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten el territorio Saramaka. (2008, p. 185).

### **3.15 - CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y LA CONSULTA**

Es por todo lo anterior que una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos *y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos*, y en particular su derecho *a la propiedad comunal, es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta*, el cual está reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios (Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, 2012, párrafo 160).

## 4 - A MANERA DE CONCLUSIONES

La evolución en América Latina del control difuso de convencional pretende transformar a los jueces de todos los Estados parte en los primeros guardines de las normas convencionales de protección de derechos humanos, y es la única forma ante las precarias posibilidades de que los problemas lleguen a solventarse ante la Corte IDH.

Si bien es cierto que el control difuso de convencionalidad tiene su fundamento en la Convención ADH y no en las decisiones de la Corte IDH, la jurisprudencia generada ha sido fundamental para entender su impacto.

En México el control difuso de convencionalidad implica a su vez ejercer el control difuso de constitucionalidad, porque es en la propia Constitución (a. 1) en la cual se exige a todo servidor público promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos independientemente del catálogo o fuente donde se encuentren, bien en el texto de la Constitución o en un tratado internacional o en la jurisprudencia nacional o internacional, a pesar de la errada decisión de la SCJN de obligar a los órganos jurisdiccionales a estarse en lo que ha llamado “*restricciones constitucionales*”.

*Es fuente vinculante para los Estados la jurisprudencia (sentencias), opiniones consultivas, medidas provisionales y supervisión de cumplimiento de sentencia que emite la Corte IDH.*

Cada sentencia de la Corte IDH es una jurisprudencia, no como por ejemplo en México que para que tenga ese estatus (obligatoria) un criterio judicial debe reiterarse en varios casos el mismo sentido, además de la existencia de otros medios de creación.

*El primer nivel jurisprudencial está constituido por las sentencias o fallos de las Cortes, Tribunales, Salas Constitucionales o Cortes Supremas que se encuentran en el mismo plano o posición horizontal y las decisiones de los Tribunales Internacionales jerárquicamente superiores constituye un sistema vertical frente a las primeras y son los encargados de integrar la interpretación de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos (Moreno Alfonso, 2013, p. 337).*

Es importante destacar que el trabajo desarrollado por la Corte IDH, ya que muchos países no cuentan con mecanismos legales ni instituciones para tutelar derechos colectivos de las poblaciones indígenas, lo

cual no es necesario cuando el Estado parte ha reconocido la jurisdicción de la Corte IDH, porque basta ello, para no sólo que las disposiciones convencionales se introduzcan en los sistemas jurídicos nacionales, sino sean las instituciones internas en general las apliquen los parámetros de protección mediante el control difuso de convencionalidad.

Un factor significativo es la eficacia de las normas, principios y directrices convencionales en todos los campos del derecho nacional, pero más en las poblaciones más vulnerables, porque no todos los países de las Américas reconocen los territorios de los pueblos indígenas, ni todos los han delimitado claramente; no todas las legislaciones incluyen la consulta previa con consentimiento, y cuando lo hacen, no todas prevén los beneficios a los pueblos de brindar su consentimiento para que se realicen proyectos en su territorio (Quintana, y otros, 2017, 47).

## BIBLIOGRAFÍA

**Comunidad Indígena Xákmok Kásek. 2010.** s.l. : Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010.

**Comunidad Indígena Yakye Axa. 2005.** Costa Rica : Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

**Comunidad Mayagna (Sumo) Awa. 2001.** s.l. : Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001.

*El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno.* **Alcala, Humberto . 2012.** Santiago : Revista Chilena de Derecho, 2012. 0718-3437.

**Margaroli, Josefina y Maculan, Sergio. 2011.** *Procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* Buenos Aires : Ediciones Cathedra Jurídica, 2011. 978-987-1419-58-6.

**Martínez Lazcano, Alfonso Jaime. 2013.** El control difuso de convencionalidad y la nueva cultura constitucional. [aut. libro] Alfonso Jaime Martínez Lazcano. *Reflexiones y desafíos de la justicia constitucional.* Tuxtla Gutiérrez : Revista Jurídica Primera Instancia, 2013.



**Moreno Alfonso, René. 2013.** El valor de la jurisprudencia de los tribunales internacionales en el derecho local. [aut. libro] Alfonso Jaime Martínez Lazcano. *Temas selectos del Sistema Interamericano de protección de derechos humanos.* Tuxtla Gutiérrez : Revista Jurídica Primera Instancia, 2013.

**Norín Catrimán y otros . 2014.** s.l. : Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014.

**Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku. 2012.** s.l. : Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012.

**Pueblo Saramaka. 2007.** s.l. : Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007.

**Quintana, Karla y Flores, Rogelio. 2017.** *Los derechos de los pueblos indígenas* . Queretaro : Instituto de Estudios Constitucionales, 2017. 978-607-7822-37-0.

**Saramaka, Pueblo. 2008.** s.l. : Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008.

**Sawhoyamaxa, Comunidad Indígena. 2006.** s.l. : Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006.

**Velandia Canosa, Eduardo Andrés. 2013.** Control jurisdiccional de la inconstitucionalidad . [aut. libro] Alfonso Jaime Martínez Lazcano. *Reflexiones y desafíos de la justicia constitucional.* Tuxtla Gutiérrez : Revista Jurídica Primera Instancia, 2013.

# A ATUAÇÃO DO AMICUS CURIAE COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA NA FORMAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS

GISELE MAZZONI WELSCH<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/15) apresenta uma série de inovações para a sistemática processual civil brasileira com o objetivo de outorgar ao processo civil maior consonância com as previsões e garantias constitucionais, bem como de viabilizar uma prestação jurisdicional justa, efetiva e célere.

É possível afirmar que a nova legislação processual civil procura imprimir caráter democrático ao processo civil, por meio de institutos, técnicas e premissas vocacionados a investir o Poder Judiciário de legitimidade democrática. Portanto, a proposta é viabilizar às partes, interessados e sociedade em geral maior controle e acesso ao conteúdo do processo, especialmente às razões de decidir dos julgamentos.

Nesse sentido, analisa-se a importante atuação do *amicus curiae* como fator e meio de legitimação democrática das decisões judiciais, especialmente em causas de potencial repetitivo, pela natureza e transcendência da matéria debatida, e na formação de precedentes judiciais vinculantes, considerando a necessidade de qualificação técnica e jurídica na formação da *ratio decidendi* do precedente judicial<sup>2</sup>, que será aplicada a outros casos análogos e futuros.

- 1 Visiting Scholar na Universidade de Heidelberg (Alemanha). Doutora e Mestre em Teoria da Jurisdição e Processo pela PUC-RS. Especialista em Direito Público pela PUC-RS. Professora de cursos de pós-graduação “lato sensu” em Processo Civil. Autora de diversas publicações, dentre elas, o livro “Legitimação Democrática do Poder Judiciário no Novo CPC” pela editora Revista dos Tribunais e o livro “O Reexame Necessário e a Efetividade da Tutela Jurisdicional” pela editora Livraria do Advogado, bem como capítulos de livros e artigos jurídicos em periódicos de circulação nacional. Advogada.
- 2 O CPC/15 estabelece um rol de decisões, no art. 927, que terão efeito vinculante e, portanto, devem ser observadas pelos juízes e tribunais, considerando o caso concreto e a matéria envolvida. A doutrina brasileira denomina de rol de precedentes formalmente vinculantes. (ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes: O Modelo Garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Salvador: JusPodivm, 2015, pp. 311 a 330.)

## 1 - A ATUAÇÃO DO AMICUS CURIAE COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA NA FORMAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS

A preocupação com a efetivação do Estado Democrático de Direito e os seus preceitos é o principal vetor do Código de Processo Civil de 2015, que prevê uma série de mecanismos e institutos tendentes a outorgar legitimidade democrática aos atos e decisões do Poder Judiciário, como, por exemplo, a previsão da figura do *amicus curiae* (art. 138 do CPC/15)<sup>3</sup> e a possibilidade de sua participação e intervenção em ações com potencial repetitivo<sup>4</sup>, considerando as repercussões sociais e econômicas que podem gerar, especialmente quando as decisões proferidas nessas causas possam assumir *status* de precedente judicial com eficácia vinculante.<sup>5</sup>

O Código de Processo Civil de 2015 prevê a figura do *amicus curiae* no art. 138<sup>6</sup>, como espécie de intervenção de terceiro no processo.

3 Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina ponderam que a participação do amigo da corte no processo se liga à ideia de participação procedimental democrática, garantindo-se à coletividade, representada pelo *amicus curiae*, o poder de influir na criação da solução de dado problema, que poderá atingir no futuro, um número indeterminado de sujeitos, que deduzam em juízo, caso semelhante ao já julgado. (MEDINA, J. M. G.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Amicus curiae*. In: Fredie Didier Jr.; Luís Otávio Sequeira de Cerqueira; Teresa Arruda Alvim Wambier. (Org.). Terceiro no Processo Civil Brasileiro - Estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 496.)

4 Além da atuação da figura do *amicus curiae*, há a possibilidade de realização de audiências públicas na resolução de temas de interesse social, com a participação da sociedade no processo constitucional, conforme pensamento de Boaventura de Sousa Santos, para quem os tribunais e a sociedade devem caminhar juntos para o desenvolvimento da democracia. (SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. 2. ed. São Paulo: Cortês, 2008, p. 86).

5 WELSCH, Gisele Mazzoni. *Legitimação Democrática do Poder Judiciário no Novo CPC* (Coleção Liebman). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 190.

6 Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

A legislação processual ainda prevê a possibilidade de participação do *amicus curiae* na sistemática de julgamento do incidente de resolução repetitivas (art. 983 do CPC/15) e dos recursos extraordinários e especiais repetitivos (art. 1.038, I e II do CPC/15).<sup>7</sup>

É importante destacar que o *amicus* não deve tutelar interesse jurídico próprio, portanto não se fala em direito de intervir. Para esses casos, pode o sujeito buscar a tutela de seu direito nos termos legais, como parte. O *amicus*, então, é movido por um interesse (e não um direito). Este interesse é institucional. Possui ordem coletiva, e não individual, justamente porque se trata de uma preocupação, por parte do *amicus*, quanto à qualidade da decisão proferida.

O amigo da corte faz questão de que o magistrado tenha contato com todas as informações, todos os dados e pontos de vista que ele próprio conhece, por possuir maior intimidade com a matéria debatida no processo, ou simplesmente por se tratar de órgão (governamental ou não, público ou não) que institucionalmente representa determinado grupo direta ou indiretamente envolvido no caso. Se o seu interesse é no sentido de qualidade da decisão judicial, que é prestada pelo Estado, evidentemente que este interesse é de ordem pública, portanto coletivo. A ideia de cooperação, contraditório e ampliação dos meios de instrução também está vinculada ao caráter de interesse coletivo da intervenção do *amicus*.<sup>8</sup>

Considerando a função de contribuição para o processo com dados e elementos técnicos e específicos relativos ao objeto do direito em debate, além do alargamento do contraditório e da legitimação democrática, a participação e intervenção do *amicus curiae* pode e deve ser ampliada, especialmente em um sistema jurídico composto de preceden-

---

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

7 Luiz Guilherme Marinoni entende que o sistema de precedentes oportuniza o desenvolvimento do direito de um modo bastante positivo, pois, o poder de atribuir sentido ao direito traz em si o de desenvolvê-lo. O precedente não é sinal de “engessamento” do direito, mas de estabilidade. (MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 3ª ed. SP: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 105)

8 “O permissivo à oitiva do *amicus curiae* é a presença de interesse público no processo, o que impõe a ampliação do contraditório em virtude: a) do mandamento da participação como objetivo político do processo e b) do postulado de depuração da prestação jurisdicional, pelo aspecto colaborativo do contraditório” (CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas asas de hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o amicus e o Vertreter des öffentlichen Interesses*. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 11, p. 9-41, 2004, p. 29).

tes com eficácia vinculante, considerando a necessidade de qualificação técnica e jurídica na formação da *ratio decidendi*.

Contudo, para que isso aconteça de forma mais efetiva é preciso que se ampliem as hipóteses de atuação do amigo da corte e, nesse sentido, é possível defender a pertinência de atuação e intervenção do *amicus curiae*, seja uma agência reguladora ou outro órgão ou entidade com condições para contribuir para formação do precedente judicial, nos precedentes formalmente vinculantes previstos no art. 927 da Lei nº 13.105/2015<sup>9</sup>, os quais são precedentes “fortes” devido à possibilidade de impugnação direta pelo descumprimento via Reclamação (após esgotadas as instâncias ordinárias), mas não apenas na hipótese prevista no § 2º de alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos, a qual pode ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

Seria oportuna a participação necessária da figura do amigo da corte na formação da *ratio decidendi* desses precedentes formalmente vinculantes como forma de pluralizar o debate e democratizar o conteúdo da decisão judicial, outorgando maior legitimidade democrática para

9 Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

o Poder Judiciário exercer função normativa.

Cássio Scarpinella Bueno entende que mesmo quando se trata de precedentes judiciais persuasivos, impõe-se que os julgadores insistam na necessária e adequada tarefa de melhor decidir, e, assim, a necessária intervenção do *amicus curiae* afastando, quando existentes, todos os argumentos em prol de ou contra determinada tese jurídica, com vistas a legitimar a decisão.<sup>10</sup>

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. reconhecem que há uma tendência de se admitir a intervenção do *amicus curiae* em qualquer ação coletiva, ainda que não exista expressa previsão legal nesse sentido, mas desde que a causa tenha relevância e que o amigo da corte tenha condições de auxiliar o trabalho do magistrado, contribuindo com informações e análises para o melhor julgamento da demanda. Trata-se de da admissão de intervenção atípica de *amicus curiae*, que visa auxiliar em uma completa prestação da tutela jurisdicional, bem como na legitimação da decisão judicial, cuja *ratio* poderá atingir um número indeterminado de sujeitos.<sup>11</sup>

Eduardo Cambi e Kleber Ricardo Damasceno defendem a ampla intervenção do amigo da corte para conferir legitimidade às decisões proferidas em processos coletivos, reconhecem que, com a crescente força vinculante dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico pátrio, ratifica-se a necessidade de se ampliar os mecanismos argumentativos de participação social na formação da decisão judicial, como a intervenção do *amicus curiae*.<sup>12</sup>

Assim, considerando o panorama legislativo atual e os reclamos do Estado Democrático de Direito, se mostra oportuna a admissão ampliada da atuação do *amicus curiae* no processo e na realização de políticas públicas, abrindo a hermenêutica constitucional à sociedade e considerando que a Constituição Federal de 1988 sintetiza normativamente uma série de demandas sociais não efetivadas pelo poder político, as quais se tornam dever do Poder Judiciário, no sentido de atuação substancial. A utilização de instrumentos aptos a aproximar as Cortes das necessidades da sociedade contribui para o progressivo fomento e aperfeiçoamento da própria democracia, enquanto sistema político construtor de cidadania.<sup>13</sup>

10 BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 567-568.

11 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v.4. 8.ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 266.

12 CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. *Amicus curiae e o processo coletivo: uma proposta democrática*. *Revista de Processo*. N. 192, fev. 2011, p.36.

13 MARRAFON, Marco Aurélio; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Legitimidade da jurisdição constitucional e a possibilidade de atuação de Senador da República como

Nesse contexto, referem-se as agências reguladoras na condição de *amicus curiae* e como agentes políticos legitimadores democráticos na produção de precedentes judiciais de eficácia vinculante em causas de potencial repetitivo e, *ipso facto*, de repercussão social e econômica, como as que envolvem relação de consumo e prestação de serviços públicos, concedidos ou autorizados, uma vez que serviria aos ideais do Estado Democrático de Direito.

As agências reguladoras brasileiras são entidades integrantes da Administração Pública Indireta que possuem natureza jurídica de autarquia em regime especial. E, considerando as Agências Reguladoras como órgãos componentes da Administração Pública Indireta e, portanto, do Poder Executivo, pode-se afirmar que a intervenção e colaboração dessas figuras na formação de decisões judiciais atenderia ao critério da legitimação democrática, ainda mais considerando o controle que podem sofrer pelo Poder Legislativo<sup>14</sup>, promovendo uma verdadeira interação e integração dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário no ato de formação de precedentes judiciais, permitindo a qualificação técnica e justa dessas decisões e, principalmente, atendendo aos reclamos do Estado Democrático de Direito no que toca ao sistema de tripartição dos poderes previsto constitucionalmente.

O presente estudo propõe a participação das agências reguladoras na condição de *amicus curiae* em específico em função de sua competência e função legais, considerando a multiplicidade de ações discutindo a prestação de serviços públicos autorizados ou concedidos e as relações de consumo, as quais podem levar à formação de precedente com eficácia vinculante, especialmente por meio do instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas instaurado pelo CPC/15. Porém, também se identifica a importância da intervenção de outros atores sociais na formação da *ratio decidendi* do precedente judicial com eficácia vinculante, considerando as qualidades técnicas e atribuições legais para contribuírem com a justiça e racionalidade, além de outorgarem maior legitimidade democrática na formação do precedente.

Tais agentes sociais seriam entidades de classe, autarquias federais e entes estatais, tais como a OAB (Ordem dos Advogados do Bra-

---

*amicus curiae* no contexto da nova racionalidade processual. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. v. 24. p. 1115-1137, 2012.

14 O art. 49, X, da Constituição Federal prevê que é competência exclusiva do Poder Legislativo fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo, incluindo os atos praticados pelas entidades integrantes da administração indireta. Desta maneira, as agências reguladoras podem ter os seus atos controlados pelo Poder Legislativo, que pode exigir delas justificativa para as suas decisões, até mesmo as decisões de caráter técnico podem ser alvo de questionamento pelo Legislativo.

sil), CVM (Comissão de Valores Mobiliários), INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial) e CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), as quais possuem atribuição e competência por determinação de suas leis orgânicas e disciplinadoras para atuarem em processos que tenham relação e repercussão em assuntos e matérias de seus interesses e pertinências temáticas, como é o caso do art. 31 da Lei 6.385/76 que trata da Comissão de Valores Mobiliários.<sup>15</sup> Contudo, a previsão de tais leis no sentido da participação dos órgãos é de cunho facultativo, o que nem sempre contribui para a qualificação técnica e democrática da decisão, sendo necessária a determinação necessária da intimação e intervenção do *amicus curiae* nesses casos, ao menos com finalidade de colaboração técnica para a formação da prova e de fator de legitimação democrática da decisão judicial e, ainda, como forma de vincular e comprometer tais entidades com a fiscalização e supervisão da efetividade da decisão, no sentido de resguardar interesses sociais e econômicos, o que também compõe suas competências e atribuições.

Cassio Scarpinella Bueno pondera que a CVM, o CADE, o INPI e a OAB, quando atuam na condição de *amicus curiae*, atuam como *custos legis*, na medida em que verificam como e em que medida o específico direito material que caracteriza sua razão de ser, o seu ser institucional, deve ser aplicado em cada caso concreto em que sua manifestação é viabilizada. Ainda, para o referido autor, nos demais casos, não há função de *custos legis*, mas sim de atuação relacionada à produção da prova, contribuindo para a melhor formação da decisão judicial.<sup>16</sup>

O referido artigo 31 da Lei 6.385/76 que trata da Comissão de Valores Mobiliários pode ser aplicado analogicamente aos casos de intervenção das outras entidades aptas a funcionarem como *amicus curiae*.<sup>17</sup>

O art. 118 da Lei nº 12.529/2011<sup>18</sup> também prevê a intervenção do CADE nos processos em que se discutam questões relativas ao direito da concorrência na qualidade de *amicus curiae*, uma vez que tal ente

15 O art. 31 da citada Lei dispõe: “Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da intimação”.

16 BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 396 e pp. 404-405.

17 Idem. pp. 298-299.

18 Art. 118 da Lei nº 12.529/2011: “nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”.



estatal atua na fiscalização da forma com que os bens jurídicos que competem a ele tutelar estão sendo disciplinados.

É importante referir que a participação e intervenção do *amicus curiae* não retira a autonomia e poder de convencimento do magistrado, que não fica condicionado à posição do amigo da corte, mas também não pode ignorar o conteúdo dessa manifestação, que deve trazer elementos de contribuição para o processo.

Como já referido anteriormente, a possibilidade de manifestação do *amicus curiae* em determinadas causas, considerando a natureza do objeto discutido na lide<sup>19</sup> e eventual repercussão social, está prevista no art. 138 do CPC/15. Contudo, o conteúdo da previsão legislativa, da maneira que está estabelecido, não possui condições de colher os melhores resultados pretendidos quanto à qualificação da decisão/precedente judicial a ser prolatada, em termos técnicos e justos, considerando a sua mera faculdade e eventualidade, conforme deliberação judicial.

## 2 - ANÁLISE DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE A ATUAÇÃO DO AMICUS CURIAE NA SISTEMÁTICA LEGISLATIVA DO CPC/15

Abaixo são arrolados e analisados julgados dos tribunais<sup>20</sup> sobre a admissão/inadmissão e o papel do *amicus curiae* de acordo com a pre-

19 Com relação ao problema do objeto do processo, Darci Guimarães Ribeiro aponta que: “O problema analisado desde o ponto de vista do núcleo ou essência do objeto do processo se vincula basicamente à identificação do conteúdo do processo civil, vale dizer, quando falamos do conteúdo do processo civil devemos responder o que é que se debate em juízo, qual é a matéria litigiosa, já que não há processo puramente abstrato que exista por si e para si”. (RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do processo e objeto do debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; FÉLIX, Marco Jobim (orgs.). *Desvendando o novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 20.)

20 A doutrina aponta para a necessidade de reformulação de funções dos Tribunais Superiores, chamados de “Cortes de Precedentes”, as quais devem ser distintas das “Cortes de Justiça” (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais), pois ocupam o “vértice” da organização judiciária (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça). Enquanto as “Cortes de Justiça” devem exercer controle retrospectivo sobre as causas decididas em primeira instância e uniformizar a jurisprudência, as “Cortes de Precedentes” devem outorgar uma interpretação prospectiva e imprimir unidade do direito, inclusive para fins de adequada organização à administração judiciária. (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 81.)

visão e sistemática do art. 138 do CPC/15<sup>21</sup>, na perspectiva de atuação voltada a outorga de legitimação democrática às decisões judiciais.

Inicia-se colacionando a ementa e informações complementares de recente precedente judicial firmado pelo STJ, em sede de recurso especial repetitivo, em que foi firmada tese jurídica sobre a possibilidade de mitigação da taxatividade do rol do art. 1.015 do CPC/15 quando for verificada urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. Considerando a relevância e repercussão da matéria debatida, bem como a necessidade de rigor técnico na formação da decisão, foram admitidos “*amici curiae*” para atuarem em prol do esclarecimento da matéria controvertida, de modo a democratizar o debate e legitimar democraticamente a decisão a ser proferida.

**REsp 1704520 / MT RECURSO ESPECIAL REPETITIVO  
(TEMA 988)**

Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118)

Órgão Julgador CE - CORTE ESPECIAL

Data do Julgamento 05/12/2018 DJe 19/12/2018

**Ementa: RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS.**

1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua

---

21 Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal.

(...)

6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

Informações Complementares à Ementa:

“ (...) Ademais disso, o fato de ainda não ter escoado o prazo para responder ao agravo interno configura-se mera irregularidade que não resulta em nulidade, especialmente em virtude do papel singular exercido pelo “amicus curiae” na formação dos precedentes - cuja intervenção não é em favor deste ou daquele, mas, sim, em prol do esclarecimento da matéria controvertida, de modo a democratizar o debate e legitimar a decisão a ser proferida -, de modo que não há que se falar propriamente em conflito de interesses com os demais “amici curiae”.

Não é cabível o agravo interno interposto contra a decisão unipessoal que indefere o ingresso do “amicus curiae”. Isso porque a leitura do art. 138 do CPC/2015 não deixa dúvida de que a decisão unipessoal que verse sobre a admissibilidade do “amicus curiae” não é impugnável por agravo interno, seja porque o caput expressamente a coloca como uma decisão irrecorrível, seja porque o § 1º expressamente diz que a intervenção não autoriza a interposição de recursos, ressalvada a oposição de embargos de declaração ou a interposição de recurso contra a decisão que julgar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

“[...] é preciso diferenciar o interesse institucional, essencial a quem pretenda intervir como amicus curiae em processo alheio com o fim de esclarecer as questões relacionadas a matéria controvertida, do interesse jurídico, que nutre quem somente pretenda ver um determinado posicionamento ser vencedor”.

“[...] descabe, no âmbito de recursos especiais representativos de controvérsia, quaisquer modalidades de intervenções de terceiros, exceto aquela prevista no sistema como meio de contribuição da sociedade para o exame da matéria e de legitimação democrática da decisão a ser tomada - o ingresso como amicus curiae [...]”.

O segundo caso refere-se a deferimento unânime do TJRS de pedido de participação da Ordem dos Advogados do Brasil como *amicus curiae*

em razão da relevância da matéria, especificidade do tema e repercussão social da controvérsia envolvida no processo, cumpridos os requisitos elencados no art. 138 do CPC/15, além de se verificar a representatividade adequada dos postulantes, a conveniência para a instrução da causa e a duração razoável do processo – que não resta afetada por sua admissão.

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. LOCAÇÃO. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PEDIDO DE ISENÇÃO DAS CUSTAS JUDICIAIS COM BASE NA LEI ESTADUAL 15.232/2018. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADO DE OFÍCIO. USURPAÇÃO DO PODER DE INICIATIVA DO PROCESSO LEGISLATIVO ATRIBUÍDO AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRECEDENTE DESTA CORTE LOCAL. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 70041334053. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PEDIDO DE PARTICIPAÇÃO NA CONDIÇÃO DE AMICUS CURIAE. DEFERIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 138 DO CPC/15. PEDIDO DE PARTICIPAÇÃO DA OAB NA CONDIÇÃO DE AMICUS CURIAE ACOLHIDO. ARGUIÇÃO DE INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE ACOLHIDA. (Agravado de Instrumento, Nº 70079194668, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adriana da Silva Ribeiro, Julgado em: 13-03-2019)**

O terceiro julgado diz respeito à inadmissibilidade de ingresso e atuação de pessoa natural como *amicus curiae* em processo por não estarem preenchidos os requisitos necessários ditados pelo art. 138 do CPC/15. A negativa da atuação não se deu pelo fato de corresponder a pessoa natural, mas sim pela mera condição de parlamentar que não legitima, por si só, a participação no processo sem a incidência dos pressupostos necessários, especialmente o da representatividade adequada. Nesse caso, a admissão da pessoa natural redundaria em flagrante lesão ao princípio da igualdade (art. 5º, I, CF/88) e ao da impessoalidade (art. 37, caput, CF/88). A decisão ainda é interessante, pois trata-se de Mandado de Segurança que, apesar de se dirigir a ato judicial, foi considerado cabível, uma vez que a decisão relativa à admissão do *amicus curiae* é irrecorrível e o manejo do remédio constitucional é considerada a única forma para afastar eventual ilegalidade presente em tal admissão.

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AMICUS CURIAE. ART. 138, CPC/15. IRRECORRIBILIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. **Exatamente por ser irrecorrível a decisão que admite o amicus curiae, perfeitamente cabível o manejo de mandado de segurança, para afastar ilegalidades presentes em tal admissão, ut art. 5º, II, Lei nº 12.016/09. AMICUS CURIAE. PESSOA NATURAL. REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA. PARLAMENTAR. ARTIGOS 5º, I, E 37, CAPUT, CF/88.** Embora pessoa natural bem possa ser admitida como amicus curiae, ante a expressa dicção do art. 138, CPC/15 (“...admitir a participação de pessoa natural ou jurídica”), não se apresenta, minimamente, preenchido suposto da representatividade adequada, não bastando para tal a condição de parlamentar, em inaceitável quebra ao princípio da igualdade (art. 5º, I, CF/88) e ao da impessoalidade (art. 37, caput, CF/88). (Mandado de Segurança, Nº 70079052056, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em: 24-04-2019)

O quarto julgado do TJRS colacionado é importante, pois enfrenta uma lacuna deixada pelo art. 138 do CPC/15, que deixou de definir expressamente o momento oportuno para o requerimento de admissão da atuação do *amicus curiae*. E, frente a tal lacuna, entendeu o TJRS por aplicar a posição do STF quanto à questão, no sentido de admitir os pedidos de intervenção como *amicus curiae* formulados até a data em que o relator pede a inclusão do processo na pauta de julgamento.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. INTERVENÇÃO COMO AMICUS CURIAE. PEDIDO POSTERIOR À INCLUSÃO EM PAUTA DE JULGAMENTO. DESCABIMENTO. ENTENDIMENTO DO STF (ADI 4.071/DF). - **Muito embora o CPC/15 em seu art. 138 traga a possibilidade da intervenção do amicus curiae em qualquer processo, observados os requisitos nele estabelecidos, deixou de definir e/ou limitar o momento oportuno para o requerimento de tal providência. Nesse aspecto, aplicável o entendimento adotado pelo STF, no sentido de admitir os pedidos de intervenção como amicus curiae formulados até a data em que o relator pede a inclusão do processo na pauta de julgamento. Entendimento externado na ADI nº 4.071/DF.** Descabimento no caso concreto. MÉRITO. CREDENCIAMENTO PARA CONTRATAÇÃO DE LABORATÓRIOS CLÍNICOS. TUTELA PROVISÓRIA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. (...) PE-

DIDO DE INTERVENÇÃO COMO AMICUS CURIAE INDEFERIDO, À UNANIMIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO, POR MAIORIA. (Agravo de Instrumento Nº 70069961225, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 22/09/2016)

O último julgado refere-se a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, no qual é expressamente permitida a atuação e contribuição do “amicus curiae”, considerando a relevância e repercussão da questão de direito debatida (art. 983 do CPC/15). Porém, no caso em tela, já tinha ocorrido o julgamento do IRDR e o esgotamento da jurisdição do Tribunal Federal, sendo que o requerimento de habilitação e participação dos “amici curiae” deve ser feito perante os tribunais superiores, considerando os recursos extraordinários direcionados à decisão do IRDR.

#### **TRF4 - INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS**

**Processo: 5024326-28.2016.4.04.0000**

**Data da Decisão: 06/06/2019 Órgão Julgador: VICE-PRESIDÊNCIA**

**Cuida-se de petição (evento 205) interposta nos autos de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, pretendendo a intervenção de algumas associações de centros de formação de condutores e autoescolas na condição de “amicus curiae”.**

Em verdade, cuida de reiteração de pedido antes apresentado no evento 182 destes autos. Ocorre que, uma vez julgado o presente IRDR, esta Corte Regional encerrou sua jurisdição quanto a matéria, não se podendo devolver os autos ao órgão julgador. Por outro lado, não possui competência esta Vice-Presidência para o exame de tal pedido, já que apenas se faz juízo de admissibilidade dos recursos dirigidos aos tribunais superiores, sem análise quanto ao mérito. Assim, devem as peticionantes reiterarem seus pedidos nos tribunais superiores, uma vez que esta Vice-presidência não detém competência para apreciar tal pedido. Intimem-se. Após, remetam-se os autos ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

## CONCLUSÃO

O presente artigo examinou o papel e a importância da atuação do “amicus curiae” como fator de legitimação democrática na formação de precedentes judiciais de eficácia vinculante, de acordo com a previsão e sistemática do CPC/15.

Por meio do método dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica em obras e autores sobre a temática, buscou-se desenvolver a natureza jurídica, papel e contribuição do “amicus curiae”, a partir da previsão legislativa do CPC/15, bem como considerando a sistemática de precedentes judiciais de eficácia vinculante vigente.

A abordagem da modalidade de intervenção de terceiros com interesse institucional (e não jurídico) de contribuir com a adequada, técnica e democrática formação da decisão judicial foi esboçada, inicialmente, por meio do diálogo doutrinário e legislativo e, após, por meio da análise jurisprudencial sobre a atuação do amigo da corte em emblemáticos casos concretos, buscando evidenciar como os tribunais estão interpretando e aplicando na prática as disposições do CPC/15, especialmente quanto aos requisitos e procedimento estabelecidos no art. 138.

Destarte, o objetivo principal do ora estudo foi demonstrar a pertinência e relevância da atuação do “amicus curiae” na formação de decisões judiciais, especialmente naquelas com status de precedentes judiciais, devido aos seus caracteres vinculantes. Considerando o contexto e anseios do Estado Democrático de Direito, bem como a sistemática legal dos precedentes judiciais, percebe-se a virtuosa e indispensável atividade desempenhada por esse verdadeiro colaborador do juízo, especialmente como fator de legitimação democrática da decisão a ser formada.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o amicus e o Vertreter des öffentlichen Interesses*. Revista de Processo. São Paulo, n. 11, p. 9-41, 2004, p. 29.

CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. *Amicus curiae e o processo coletivo: uma proposta democrática*. Revista de Processo. N. 192, fev. 2011.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. V.4. 8.ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 3ª ed. SP: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARRAFON, Marco Aurélio; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Legitimidade da jurisdição constitucional e a possibilidade de atuação de Senador da República como amicus curiae no contexto da nova racionalidade processual*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. v. 24. p. 1115-1137, 2012.

MEDINA, J. M. G.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Amicus curiae*. In: Fredie Didier Jr.; Luís Otávio Sequeira de Cerqueira; Teresa Arruda Alvim Wambier. (Org.). *Terceiro no Processo Civil Brasileiro - Estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do processo e objeto do debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; FÉLIX, Marco Jobim (orgs.). *Desvendando o novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. 2. ed. São Paulo: Cortês, 2008.

WELSCH, Gisele Mazzoni. *Legitimação Democrática do Poder Judiciário no Novo CPC (Coleção Liebman)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes: O Modelo Garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Salvador: JusPodivm, 2015.





# JUSTICIA CONVENCIONAL Y DERECHO PROCESAL: COMPLEJIDADES

PABLO DARÍO VILLALBA BERNIÉ<sup>1</sup>

## 1 - COMPLEJIDAD DE ORFEBRERÍA

La idea es tratar la vinculación existente entre la Justicia Convencional y el Derecho Procesal, teniendo en cuenta que si de nuevas tendencias se referencia, la idea del control de convencionalidad golpea con fuerza las compuertas de la justicia constitucional y del derecho procesal en particular, muchas veces visualizado como encorsetado en el principio de legalidad, del cual tiene que escapar.

a) Al proponer el tratamiento del temario “*Justicia Convencional y Derecho Procesal: complejidades*” es una relación que se va decantando, pasando por varias etapas previas que merecen desentrañarse, para a partir de allí comprender los vínculos entre figuras aparentemente tan alejadas unas de otras. Sin embargo, los efectos devastadores del orden interno propiciados por el régimen internacional, permiten el formulamiento de un estrecho ligamen a ser demostrado.

No obstante, para llegar a la vinculación entre proceso y convencionalidad, se debe realizar un tratamiento doctrinario previo desde dos ángulos, en primer lugar los vínculos jurídicos existentes entre el orden jurídico internacional y el orden doméstico de los Estados; en segundo lugar, el relacionamiento entre la Constitución y Convención, que han generado un mar de conflictos.

Para luego arribar a la relación directa que por estos días fluye entre el Control de Convencionalidad y el Derecho Procesal, al extremo que el primero influye en el segundo en todos sus fueros y materias.

b) El control de convencionalidad constituye una noción que se

---

1 Doctor, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas en la Universidad Católica, Campus Itapúa, Encarnación, Paraguay, Prof. de Derecho Procesal Civil en la misma Facultad; Profesor de Posgrado en Paraguay y en el exterior; Presidente de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional; Secretario General de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; Miembro del Instituto Paraguayo de Derecho Procesal; Presidente del Instituto Itapuense de Derecho Procesal; Secretario General del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Conferencista internacional, autor de libros y artículos especializados. E-mail pablo.villalba@uc.edu.py

ha puesto de moda en el derecho interamericano en el nuevo milenio, marcando un sendero a seguir en la estela de la armonización del orden jurídico interno con el orden internacional de los derechos humanos, dos estamentos que necesitaban sintonizar la misma frecuencia y que por medio del control de convencionalidad abren surcos para que así sea en el futuro con el fin de una compenetración irrestricta de amplio contenido.

En líneas generales, el control de convencionalidad dimana del “principio de convencionalidad” ligado a la obligación que tienen los Estados de adoptar en el derecho interno todas las disposiciones necesarias para asegurar a sus ciudadanos el ejercicio pleno de los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana de Derechos humanos.

En forma específica, el “control de convencionalidad” refiere a la obligación judicial que tienen los órganos jurisdiccionales internos de aplicar los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, conllevando incluso la de inaplicar las normas que la contravengan. Técnicamente alude a un mandato realizado a los jueces nacionales, exhortando a controlar en cada uno de sus fueros y materias la vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Supone un trabajo adicional a los jueces interamericanos, que además de realizar el control de constitucionalidad, deben examinar la compatibilidad de las normas internas con el orden internacional de protección de los derechos humanos, de ahí el denominativo de “Control de Convencionalidad”. La doctrina ha precisado todo lo referente en cuanto a su origen, desarrollo, características, consecuencias, materias donde se aplica, como al parámetro de convencionalidad<sup>2</sup>.

c) Los Estados una vez que suscriben tratados internacionales los hacen con el fin de respetarlos y asegurar su cumplimiento obligatorio, en este sentido no valen las excusas menos aun apuntaladas en aquella clásica visión de una soberanía estatal absoluta que daba pie al incumplimiento, porque de proseguir con esta desnaturalizada posición los Estados sencillamente no deberían suscribir Convenios internacionales.

Tiene plena vigencia la teoría de los actos propios o principio de *estoppel* (Art. 45 de la Convención de Viena) vertido en el axioma “*non venire contra factum proprium*”, que impide asumir una conducta contradictoria, primero de aceptación del Convenio internacional y luego en la praxis evitar su aplicación sistemática. Los Estados están obligados a

---

2 DULITZI, Ariel, *Derechos Humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Centenario de la Constitución Mexicana, Querétaro, México, 2017, p. 341.

cumplir con sus obligaciones internacionales, soslayando la tesis contraria del no cumplimiento.

En estos tiempos donde se plasman fuertes embates de universalización, de globalización y homogenización de los derechos fundamentales, resulta una tarea de cada uno de los Estados compaginar y ponerlas en órbita, construyendo políticas tendientes a asumir el desarrollo y protección de los derechos humanos. Los Estados que vayan de contramano, serán comunidades que plantearán una contramarcha respecto a la realidad mundial, sin respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos, ocasionando que los individuos no se beneficien, simplemente al no propiciar políticas proteccionistas, mostrándose encerrados en las fronteras de su propio orden jurídico.

En este marco discurre la idea del control de convencionalidad, que comienza a tener trascendencia y vigencia tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, a partir del accionar de la Corte IDH.

Actúa en consonancia con el sistema interno de los Estados basados en el Control de Constitucionalidad, en una función complementadora, obligando a los Estados a que cualquier juez esté compelido en todos fueros, materias e instancias a efectuar el control de convencionalidad difuso de las normas internacionales que son parte del derecho interno (como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos y de los otros instrumentos que integran el sistema de protección), debiendo aplicar las normativas de derechos humanos en prelación a las leyes positivas que no contengan la protección o, incluso, se opongan a los derechos fundamentales.

d) Puede notarse que el trabajo exigido a los jueces en este tiempo es de complejidad de orfebrería, uniendo la filigrana jurídica que ya no se encuentra solamente en el orden jurídico interno, sino que resulta propiciada desde el ámbito internacional, en definitiva este último desde que es admitido por el Estado pasa a constituir derecho vigente para los Estados, por tanto el Poder Judicial no puede eludir su aplicabilidad.

Se amplía el marco conceptual de los jueces que se ven obligados a conocer más allá de los fallos domésticos, incorporando la normativa y la jurisprudencia a su forma de resolver.

En la impronta, versa plasmar una pasarela o “tender un puente” de unión entre ambos órdenes beneficiando en definitiva al ser humano, en cumplimiento del principio *pro homine*. Al Poder judicial le compete realizar el control de convencionalidad de la manera más efectiva posible.

## 2 - NUEVOS PARADIGMAS: DEJANDO ATRÁS AL MONISMO Y AL DUALISMO

### 2.1 - PUESTA EN ESCENA

Al proponer el análisis de la vinculación entre el orden interno y el orden internacional, inmediatamente surge la necesidad de abordar el debate entre dos conceptos antagónicos como lo son el monismo y el dualismo. Sin vueltas estos constituyen el punto de partida, sin embargo resulta ineludible reconocer que en la perspectiva teórica del Siglo XXI estas ideas tienen que reconfigurarse, e incluso, cuestionar si los mismos siguen vigentes siendo útiles como conceptos básicos.<sup>3</sup> Ante lo cual se debería cuestionar si en puridad no se está ante una teoría de pluralismo jurídico, tal como lo expusiera el maestro alemán Armin Von Bogdandy.

No se trata de menoscabar los logros que ambos modelos teóricos han consolidado en determinado momento histórico, porque en torno a ellos se desarrollaron las ciencias jurídicas del Siglo XX, no obstante señalar, que el derecho es dinámico y evidentemente volátil adecuándose a los nuevos tiempos, pareciendo que estas ideas ya no se vislumbran como suficientes para justificar el desarrollo increíble que ha tenido el derecho internacional y la globalización, rompiendo barreras y fronteras.

Así las cosas, tanto el monismo como el dualismo evidencian ser insuficientes para justificar la solución de los problemas jurídicos actuales.

### 2.2 - LA EVOLUCIÓN

Los Derechos Humanos traen como consecuencia, romper con el legado de la ciencia jurídica que se ha desarrollado dentro del contorno de un monismo o dualismo jurídico, teorías aplicadas en variados tiempos históricos.

En un primer momento la cristalización jurídica internacional del ser humano fue vista en los Siglos XVI y XVII como un ideal de las *civitas máximas gentium*, donde la inspiración de proteccionismo de la humanidad rescataba al ser humano por sobre todas las cosas.

Luego de esta primera época originaria, aparece el *monismo jurídico* al comenzar a visualizar que la visión de los fundadores del derecho

---

3 VON BOGDANDY, Armin, *Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva de relación entre el Derecho Internacional y los ordenamientos Jurídicos Nacionales*, publ. en *Internacionalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional*, Directores Griselda Capaldo y otros, Editorial Eudeba, Buenos Aires, Argentina, 2012, p. 32.

internacional no se adecuaba a las necesidades de aquel momento histórico, suplantándola por una idealización que personificaba al Estado como expresividad de voluntad propia y reduciendo al derecho internacional o interestatal a lo que los Estados soberanos le concedieran, es decir nada podía estar por encima del Estado.

Lo relevante del monismo es que existe un único sistema de fuentes, donde el tema central es la jerarquía de la norma sea internacional o nacional, en algunos casos puede presentarse como una primacía de la norma internacional considerándola superior, en otros otorgando preeminencia al derecho interno que pasa a estar por encima en un grado de superioridad.<sup>4</sup> En esta tesis, se entiende que las normas del derecho internacional y del repertorio legal de los Estados, forman un exclusivo sistema jurídico destacando su unidad. En esta visión cada Estado escoge si inclinarse por la primacía del orden interno o por el internacional, de conformidad a ello adecúa su sistema jurídico nacional.<sup>5</sup> Brillaron en esta línea Kelsen, Welzel y Hegel.

Basta recordar que el monismo nace de la debilidad de la idea sostenida por el dualismo, construida sobre la premisa que las normas internacionales y las normas nacionales regulaban materias distintas, al atacar esta concepción justifica la visión monista, construida sobre la base del positivismo jurídico. Demás estar decir, que en la época del monismo se produjeron grandes atrocidades en contra de la humanidad a consecuencia de la distorsión de los principios originarios.

Recién a mediados del Siglo XX, luego de la Segunda Guerra Mundial, se consolida la teoría *dualista* (que ya había tenido su génesis a principios del mismo siglo), al comenzar con la identificación de dos tipologías de Derecho que bullían en compartimientos estancos, el orden interno estatal y el orden externo o interestatal, ambos respondiendo a coordenadas disímiles. Derivada de la idea dualista se concibieron dos tipos de ámbitos proteccionistas, al punto de afirmar que los Derechos Humanos solamente se protegían en el ámbito internacional y prácticamente carecían de tutela en el orden doméstico. Aquí es donde alumbra la idea que el Derecho Inter-

---

4 Ejemplo del primero, otorgando primacía al orden interno fue Welzel; en cambio, de la segunda opción que otorgaba primacía al orden internacional fue Kelsen en su obra de *Teoría Pura del Derecho y del Estado*.

5 LANDA, César, *Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Internacional: cooperación, conflictos y tensiones*, publ. en *Internacionalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional*, Directores Griselda Capaldo y otros, Editorial Eudeba, Buenos Aires, Argentina, 2012, p. 439.

nacional rige las relaciones de los Estados entre sí, en cambio en Derecho Interno tutelaba las relaciones entre el Estado y los individuos. Tanto orden interno como ámbito internacional no podían confundirse, basado en la antigua concepción del Estado liberal, nacional y soberano. Fueron sus máximos exponentes, Rousseau, Triepel y Anzilotti.

El *monismo* descartando todo tipo de antropomorfismo, afirmando la subjetividad internacional del Estado reconocida como persona jurídica, llevando a su máxima expresión el estatocentrismo;<sup>6</sup> por el otro lado el *dualismo*, abriendo brechas entre dos campos, el interno y el externo o el doméstico y el internacional, admitiendo dos sistemas de fuentes.

### 2.3 - EN EL NUEVO MILENIO

En el nuevo milenio se está viviendo una vuelta al origen, una suerte de reacción en contra del monismo como del dualismo, al compás de una idealización que vuelve a rescatar al ser humano como objeto esencial de la tutela, avistando que tanto desde lo internacional como desde lo nacional lo importante es la concreción de una tutela efectiva del ser humano. Un rescate de la persona como esencia finalista del Derecho.

Donde el mensaje claro es que ya no importa tanto donde se encuentre la protección o en qué orden legal se aviste el amparo y la tutela de la persona humana, sino que el fin último de toda norma jurídica debe ser que ésta efectivamente se encuentre protegida.

El naciente surco donde se contornea la ciencia jurídica actual, irradia la noción de una fuerte humanización del orden jurídico sin importar de donde provenga la norma. De ahí la gran trascendencia que en este tiempo tiene sobre los órdenes internos la doctrina del control de convencionalidad, al fluir de mandatos concretos de la Corte IDH e incluso de los organismos proteccionistas de Naciones Unidas, indicando que lo que debe prevalecer siempre es el principio *pro persona* o *pro homine*. Una vuelta del derecho mirando a la persona humana, a la que incluso se otorga la legitimación para intervenir en los litigios internacionales<sup>7</sup>.

6 En la visión hegeliana, se reparaba que es Estado no era un ideal supremo sumiso, no es un ideal en sí mismo, sino un medio de la realización de las aspiraciones de las necesidades vitales de los individuos, siendo necesario proteger al ser humano contra la lesión de sus derechos por el propio Estado. De ahí el rescate como figura esencial de protección al Estado.

7 Corte IDH, OC 17/02, de fecha 28 de Agosto de 2002, solicitada por la Comisión IDH, sobre *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Voto Concurrente de Cançado Trindade, párrs. 14 y 15.

El maestro alemán Armin Von Bogdandy resume la idea claramente al significar: “...para discutir la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, la mejor opción es prescindir de los conceptos doctrinales y teóricos de monismo y dualismo. Tal vez pueden ser políticamente útiles para indicar una actitud abierta del derecho interno frente al derecho internacional, pero desde una perspectiva jurídica y académica son unos zombis intelectuales de otro tiempo y deben ser apartados o deconstruidos. La comprensión de la relación entre el derecho internacional y la legislación interna debe fundamentarse en otra base conceptual”<sup>8</sup>.

Al referenciar al nexo entre el orden doméstico relacionado con el derecho internacional, lo mejor es prescindir de estos modelos (monismo y dualismo) para posicionarse en un *pluralismo jurídico* que tiene mejores probabilidades de suministrar los conceptos adecuados que ayuden a fusionar ambos ámbitos. Ya no se da un marco rector, sino varios marcos jurídicos que actúan armónicos con el fin de concretar una mejor tutela. Por ello se sostiene que ningún marco legal o constitucional es un universo en sí mismo, sino más bien un pluralismo normativo, un acoplamiento de órdenes legales.<sup>9</sup>

Esto conllevó a que para comprender los nuevos eventos de convencionalidad, resultaría muy difícil y complicado si se partiera de premisas superadas, como lo son tanto el monismo como el dualismo.

### 3 - ARMONIZACIÓN DE FUENTES

Con el control de convencionalidad derivada de su aplicabilidad conlleva la necesidad de armonizar el sistema de fuentes, que por estar en planos distintos se hace difícil compatibilizarlas. Ello ocurre porque se mueven en planos distintos, por un lado el internacional proveniente de los tratados supranacionales de derechos humanos y, por el otro, el orden doméstico avalado por el marco constitucional y las leyes de vigencia interna y territorial.

Han sucedido eventos que permitieron una evaluación constante del derecho como hecho social en la modernidad. Esto hace que la idea de derecho sea un fenómeno cada vez más complejizado, que trasvasa las

8 VON BOGDANDY, Armin, *Pluralismo, efecto directo y última palabra: La relación entre Derecho Internacional y el Derecho Constitucional*, publ. en *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, Año 2010, p. 411.

9 VON BOGDANDY, Armin, *Del paradigma de la soberanía...*, op. cit., p. 26.



fronteras de los Estados, proponiendo una gran transmutación de nuevas variables y contenidos.

Basta recordar que hasta un tiempo atrás el Derecho se mostraba como una realidad local, hasta podría afirmarse como provinciano, arropado desde sus bases por el concepto de soberanía, propio de los Estados que se movilizaban sobre el principio de legalidad, los códigos, el derecho local<sup>10</sup>, sin apertura de fronteras.

Contrasta esta descriptiva con la realidad actual, donde el derecho presenta innumerables complicaciones que a partir del reconocimiento de los derechos humanos en el orden interno se han agudizado, permitiendo la incidencia de lo internacional en los localismos, generando una revolución.

En estos tiempos los órdenes locales se irrigan,<sup>11</sup> se impregnan de normas foráneas, se internacionalizan en un fenómeno de interacción de interconexión, convergiendo la necesidad de una armonización y coordinación de sistemas jurídicos.

Resulta interesante la divisoria del perímetro evolutivo de la complejización del derecho, como de sus múltiples variables que el colombiano Quinche<sup>12</sup> siguiendo las enseñanzas de Ferrajoli<sup>13</sup>, describe con gran habilidad, al establecer que son tres los niveles: una fase inicial de dos siglos, identificado como de legalización del derecho; un segundo periodo, en el que la Constitución asume un contenido normativo, da lugar a la constitucionalización del Derecho; y, por último, una tercera etapa donde florece la internacionalización del derecho y de los localismos,<sup>14</sup>

10 QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, *El control de convencionalidad*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2014, p.110.

11 FAVOREAU, Louis, *Legalidad y constitucionalidad, La constitucionalización del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2000, p. 43.

12 QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, *El control...*, ob. cit., p.111.

13 FERRAJOLI, Luigi, *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, publ. *Constitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid, España, Año 2003, p. 13 a 29.

14 QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, *El control...*, ob. cit., p.112. "El asunto es que la presentación de cada uno de estos niveles o grados ofrece un panorama diverso de complejidad, en el que sucesivamente se fue pasando del derechos simplemente legislativo, dominado por el principio de legalidad (proceso de legalización del derecho), hacia un derecho regido y aplicado desde los enunciados constitucionales, en el que predomina el principio de supremacía de la Constitución y su carácter normativo (proceso de constitucionalización del proceso legal), para asistir en la actualidad al suceso de un derecho cada vez interferido por el derecho internacional, en el que los derechos locales y la solución de los conflictos (más propiamente los problemas jurídicos y los pleitos) dan lugar a la aplicación de reglas

aquí es donde se produce la incidencia sobre el derecho procesal.

Agregar que en gran medida los decálogos de derechos contenidos en uno y otro, muchas veces se muestran incompatibles, o incluso las garantías constitucionales se evidencian como insuficientes para asimilar el gran contorno de derechos protegidos por la tutela de derechos humanos que en forma constante y dinámica van ampliando fronteras.

Esta armonización que en este tiempo se está generando a través del control difuso de la convencionalidad moviliza a ambos órdenes a un permanente ajuste, invitando a concretar la tutela más favorable para el ser humano, independientemente de donde provenga la norma.

Se produce una especie de efecto *boomerang* de ida y vuelta entre niveles distintos de protección, el mundo jurídico actual movilizado en un mecanismo circular donde se referencia a la internacionalización del derecho constitucional y viceversa la constitucionalización del derecho internacional.

#### 4 - CONVENCIONALIDAD

América Latina se muestra como el continente donde el control de convencionalidad ha adquirido un vuelo propio, desde nuestro particular punto de vista, a consecuencia de la carencia de marcos teóricos de referencia constitucional proyectados sobre una cosmovisión social peculiar denotando un cúmulo de violaciones sistemáticas a los derechos fundamentales, de ahí la trascendencia adquirida que en cierta forma viene a suplir las deficiencias de tutela de los órdenes domésticos.

En Europa en cambio, no se han dado estas circunstancias por lo que la incidencia de los órganos internacionales de Derechos Humanos y de la doctrina del Control de convencionalidad no ha proliferado con la magnitud que se da en el continente americano, donde la característica es que si bien se apuntala el respeto de las garantías fundamentales se concreta por vía de la jurisdicción constitucional interna y no por el control de convencionalidad, que es mirado con cierto recelo. No obstante recalcar la gran trascendencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el alto grado de cumplimiento de las sentencias por los Estados signata-

---

e interpretaciones provenientes de diversos organismos internacionales, entre los que se destacan las Cortes, los Tribunales y otros órganos de decisión internacional (proceso de internacionalización del derecho local).” (Es exactamente lo que dice este autor, por tanto no corresponde la corrección) lo marcado CON RESALTADOR verde por favor sacar para la publicación

rios del Convenio Europeo, situación que contrasta con Latinoamérica.

El Control de Convencionalidad responde a doctrina de la Corte IDH que manifiesta que los juzgadores deben hacer un cotejo entre la norma convencional y la norma interna para verificar la conformidad de ésta con el tratado internacional (idéntica al control de constitucionalidad, pero que versa sobre la Convención Americana de Derechos Humanos, en cambio el control de constitucionalidad versa sobre la aplicabilidad de la Constitución Nacional en cada caso en concreto).

Por un lado, desde un aspecto del marco internacional se ha constituido en una labor desarrollada por siempre en la jurisdicción supranacional, tal como una actividad vital de la Corte IDH, aunque sin ser reconocida con ese nombre de control de convencionalidad. Desde este sesgo, trasmite la noción que la Corte IDH debe juzgar si en un caso concreto la ley interna de los distintos países o los actos estatales resultan incompatibles con la Convención ADH, en caso negativo de incompatibilidad, disponer o recomendar cuanto menos la reforma o derogación de las normas contrarias a la Convención, batallando por el respeto de los derechos humanos y promoviendo la vigencia de la Convención y de otros instrumentos internacionales que tutelen a la persona.

Actúa el control de convencionalidad, sustituyendo si se quiere, a la Constitución como parámetro único de validez, en el tema puntual de los derechos humanos, colocándose en el grado superior de la escala jerárquica normativa de los sistemas constitucionales de la región.<sup>15</sup>

El segundo aspecto, surge como un mandato concreto hacia el orden interno, obligando a los jueces y al Poder Judicial adecuen su accionar a los postulados de la Convención aplicando a los casos concretos las garantías fundamentales consagradas del ámbito internacional, en un control de convencionalidad difuso exhortando a cumplir en todos los fueros y especialidades las regulaciones de protección previstas desde el sistema supranacional.<sup>16</sup>

---

15 SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, publ. en *Revista Estudios constitucionales*, Año 8, N° 1, Universidad de Talca, Chile, 2010, p. 123.

16 VILLALBA BERNIÉ Pablo Darío, *Derecho Procesal Constitucional: Contenidos esenciales*, Editorial La Ley Paraguay, Año 2017, p. 264/5.

## 5 - ETAPAS DE APLICABILIDAD DE LA CONVENCIONALIDAD

Debe resaltarse que en una primera etapa el control de convencionalidad es en principio jurisdiccional, instando a la propia Corte IDH a su aplicación, como también a los jueces nacionales de los distintos fueros en el orden interno.

Una segunda etapa, en función de la competencia de los órganos judiciales y en virtud del despliegue de operatividad de esa competencia (principio de legalidad). La función de Control de Convencionalidad es la construcción internacional de un “*corpus iuris*” un derecho común y esto no se puede hacer de cualquier manera.

Una tercera etapa, donde la aplicabilidad se reserva a los órganos auxiliares de la justicia, quienes son los gestores de la función judicial y administrativa (Actuarios, Ministerio Público, etc.).

Una cuarta etapa, que involucra a todos los órganos y agentes del Estado abriendo el horizonte de manera infinita (Ejecutivo, Legislativo, todos).

Debe entenderse que no se dice “acatamiento”, que implica un cumplimiento imperativo, sino que se reflexiona sobre un “control” de convencionalidad que tendrá que ser efectuado en cada caso en particular aplicando la norma más benéfica para la protección de la persona humana.

Se esboza una idea particular sobre los motivos que desde nuestro punto de vista ha permitido el desarrollo de la convencionalidad en Latinoamérica, cuales son:

i) La carencia de una escuela jurídica filosófica propia latinoamericana o incluso de algún país en particular, notando que los distintos países deambulan en diferentes marcos teóricos referenciales, lo que asintió que ideológicamente el control de convencionalidad no tenga un componente de contrastación de teoría jurídica filosófica y de una escuela constitucional fuerte que impidan su desarrollo.

ii) También coadyuva que se hayan producido sistemáticas violaciones de derechos humanos y derechos fundamentales no protegidos en el orden interno.

iii) El organismo internacional viene a suplir las deficiencias de tutela de los marcos domésticos, estableciendo cánones de derecho sustancial y procesal para el logro de su cometido.

La razón por la que el orden supranacional ha alcanzado tanta predominancia en los últimos tiempos, deviene en respuesta a que los repertorios internos no dan protección suficiente a la persona humana, como también cuando surge legislada una eficiente protección, estas se aplican

con interpretaciones disuasivas y erradas a fin de evitar el cumplimiento.

Se cuestiona la verdadera Supremacía Constitucional que ha dejado de ser tan Suprema, pues en uso de la Soberanía del Estado incorporado al texto constitucional, ha decidido voluntariamente ceder hacia la Supremacía de la Convención. Conlleva que al “*Corpus iuris*” Interamericano de Derechos Humanos, se le ha concedido la condición de parámetro de convencionalidad<sup>17</sup> y, al ser parte del orden jurídico vigente, con amplias posibilidades de ejercicio.

## 6 - PREVALENCIA CONVENCIONAL

Reflexionábamos con el tópico anterior sobre la obligatoriedad de los mandatos del Sistema IDH correspondiendo aquí profundizar la idea, por cuanto la coactividad no se cumplirá sino se cuenta con una doctrina de prevalencia constitucional.

Si bien es cierto el marco constitucional debe dar una apertura para la tutela de Derechos Humanos, no es menos cierto que esta solo se concretará en caso de contar con una tendencia doctrinaria interna de asimilación de los efectos de la convencionalidad.

Primeramente la Convención deberá formar parte del orden normativo nacional, para que así los órganos jurisdiccionales puedan utilizarla. Sin embargo la cuestión no acaba allí, sino que el tratado requiere ser incorporado con prevalencia a las demás normas de la legislación doméstica, debe tener un rango superior, por cuanto de estar en un mismo rango que las leyes se le podría dejar de lado fácilmente bajo el manto del principio de temporalidad (una ley nueva deroga la anterior) o del principio de especialidad (donde la norma especial prevalece sobre la genérica).<sup>18</sup>

El justificativo de la prevalencia convencional parte del Artículo 27 de la Convención de Viena (Derecho de tratados) que reza: “*una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*”, así puede entenderse que la Convención tiene superioridad jerárquica independiente de su reconocimiento como tal en el orden interno. Si el Estado signatario tiene reconocido el

17 JINESTA LOBO, Ernesto. “Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales”, en Velandia Canosa, Eduardo (Director científico), *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo III, Volumen III, VC Editores Ltda. y ACDP, Bogotá, Colombia, 2012, p. 209-226.

18 DULITZI, Ariel, *Derechos Humanos en...*, op. cit., p. 345.

Convenio de Viena, no puede eludir esta jerarquización aunque su legislación local así lo prevea, porque es jerárquicamente superior por el solo hecho de ser un Tratado.

Aun así la Corte IDH ha ratificado en innumerables fallos jurisprudenciales la superioridad de la Convención, por lo que sigue esta línea de pensamiento.

Se podría disentir si la Convención de Viena es o no aplicable cuando versan intereses particulares, teniendo en cuenta que fue previsto para regular las relaciones entre los Estados y esta es una realidad incuestionable, aunque con una interpretación amplia puede hacerse extensiva a toda incidencia de un tratado internacional inclusive cuando se aplica a personas individuales.

En este orden de ideas lo que conviene destacar es que siempre se debe producir una prevalencia convencional por sobre la legislación local, de otra manera el intento convencional no superaría la intencionalidad de aplicación, pero sin garantías que se produzca.

## **7 - INCIDENCIA EN EL DERECHO PROCESAL**

Objeto de esta investigación consiste en demostración del relacionamiento directo que se presenta con el control de convencionalidad en su incidencia directa con todas las áreas del Derecho Procesal, ante la irradiación de efectos de lo supranacional sobre lo doméstico.

Dentro del contenido esencial del Derecho Procesal, destaca el rol fundamental que cumple la expansión de los derechos fundamentales, así a la luz de una Constitución dinámica y abierta, en conjunción con los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos se modifica el abarcativo de la nueva disciplina, ensanchando considerablemente sus fronteras.

Plantea la fusión del orden internacional y el orden interno, en un indicativo que ambos repertorios legales deben confluir para una mejor aplicación y logro de justicia.

Dicho orden internacional, que conlleva al control de convencionalidad y a la obligatoriedad de los Estados de aplicarlo, fluyen en concordancia con el orden interno vigente en los países latinoamericanos, en contacto directo con el marco constitucional y con el orden procesal.

De modo que hoy día, la ciencia jurídica irradia la imagen de una tríada compuesta por un contorno normativo integrado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Derecho Constitucional y el

Derecho Procesal, en una visión que ha amplificado las fronteras territoriales de los Estados.

La ampliación de horizontes incluyendo al orden internacional de los derechos humanos, consiste en una de las características más significativas al cual deberá adaptarse el Derecho Procesal, que ya ha dejado de ser una cuestión intramuros dentro del orden interno para tener una obligatoria mirada extramuros propiciando la consolidación de un nuevo orden procesal.

La posición se concretiza en que sobre el Derecho Procesal convergen en el desarrollo y apuntalamiento del control de convencionalidad, materias pendientes que el orden procesal debe afianzar.

## 8 - LA GARANTÍA DEL ACCESO A LA JUSTICIA EN EL ÁMBITO INTERAMERICANO

Desde el atalaya de la Justicia Constitucional y especial del ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se ha realizado un convite en concreto por el Acceso a la Justicia, elucidando que la idealización no se detiene en una simple posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, se avanza en pos de una tutela efectiva. Fue descifrado convenientemente que no corresponde garantizarse únicamente las cuestiones formales de admisibilidad, con ello no es suficiente, teniendo en cuenta que el derecho de petición lleva implícito el derecho de justicia que también debe tutelarse.

Varios son los fallos clarificadores de la Corte IDH, aunque parece más conveniente describir al Voto Razonado de Cançado Trindade en el caso *Cinco Pensionistas vs Perú* (2005), donde depura la situación:

2. De la presente Sentencia de la Corte se desprende el amplio alcance del derecho de acceso a la justicia, en los planos tanto nacional como internacional. Tal derecho no se reduce al acceso formal, *stricto sensu*, a la instancia judicial; el derecho de acceso a la justicia, que se encuentra implícito en diversas disposiciones de la Convención Americana (y de otros tratados de derechos humanos) y que permea el derecho interno de los Estados Partes, significa, *lato sensu*, el derecho a obtener justicia. Dotado de contenido jurídico propio, configurase como un derecho autónomo a la prestación jurisdiccional, o sea, a la propia *realización* de la justicia.

24. En efecto, la afirmación de dichas personalidad y capacidad

jurídicas constituye el legado verdaderamente revolucionario de la evolución de la doctrina jurídica internacional en la segunda mitad del siglo XX. Ha llegado el momento de superar las limitaciones clásicas de la *legitimatío ad causam* en el Derecho Internacional, que tanto han frenado su desarrollo progresivo hacia la construcción de un nuevo *jus gentium*. Un rol importante está aquí siendo ejercido por el impacto de la consagración de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico internacional, en el sentido de humanizar este último: tales derechos fueron proclamados como *inherentes* a todo ser humano, independientemente de cualesquiera circunstancias. El individuo es sujeto *jure suo* del Derecho Internacional, y al reconocimiento de los derechos que le son inherentes corresponde ineluctablemente la capacidad procesal de vindicarlos, en los planos tanto nacional como internacional.<sup>19</sup>

## 9 - TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Estrecho ligamen tienen las ideas de “acceso a la justicia” con la de “tutela jurídica efectiva”, reconociendo que ésta última es más englobante que la primera. Así, la tutela judicial efectiva abarca: a) el derecho de acceso a los tribunales; b) el derecho a obtener una sentencia fundada en los hechos y el derecho correspondiente; c) el derecho a la efectividad de la sentencia o de las resoluciones judiciales; y, finalmente d) el derecho a un recurso previsto en el orden legal.

Puede advertirse que en el contenido de la tutela jurídica efectiva se encuentra comprendido el acceso a la justicia, con el derecho a petición y derecho al proceso específicamente, por lo que representa una idea más amplia al simple acceso a la justicia. Eso no significa que sean nociones contradictorias, por el contrario, se complementan y armonizan sin inconveniente alguno. Solo que la idea de acceso a la justicia es más limitada que la de tutela judicial efectiva.

Tanto la tutela judicial efectiva y los derechos fundamentales, son conceptos indisociables dada la umbilical relación entre ellas.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, siguiendo a Sumaria Benavente, abarca los grados de este derecho, que a saber son, una tutela jurisdiccional en primer grado, que comprende el acceso a la jurisdicción, una tutela jurisdiccional en segundo grado, que encierra el obtener una

19 Corte IDH, caso *Cinco Pensionistas vs Perú*, sentencia 20 de Febrero de 2003, Voto Razonado de Cançado Trindade.



respuesta que resuelva el conflicto que a su vez esté fundada en derecho; y una tutela jurisdiccional de tercer grado, constrictiendo que la respuesta otorgada por el órgano jurisdiccional sea susceptible de ser ejecutada. El grado determina la efectividad del derecho, que en conjunto es elevado al rango constitucional y por lo tanto genera en el Estado una protección especial a través de las garantías constitucionales cuando se percibe una lesión en cualquiera de esos grados, además de la obligación de promoción la tutela derecho en oposición a formas restrictivas de visualización del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>20</sup>.

Entre tanto el derecho de tutela jurisdiccional efectiva, aparece adherido a determinados conceptos como el de acceso a la justicia y a su derivado el derecho de acción, teniendo una evidente connotación constitucional, transigiendo una bifurcación procesal cuyo propósito consiste en cautelar una justa protección de derechos fundamentales, actuando como un pilar para la construcción del debido proceso con garantías constitucionales e, incluso, convencionales a tenor de lo dispuesto en el Art. 25.1. de la Convención Americana de Derecho Humanos, que alienta la posibilidad de acceder a un recurso efectivo para la protección de los derechos.

Ahora bien, la tutela judicial efectiva supone que toda pretensión deducida sea ante órganos jurisdiccionales independientes e imparciales, presuponiendo la proscripción de los elementos enervantes del sentido favorable a la pretensión.

## 10 - LA NECESIDAD DE DESACRALIZAR EL PROCESO

El proceso es vida humana que se despoja de formalismos para ganar vitalidad<sup>21</sup>, supone su perfeccionamiento para tornarlo más útil y no entorpecedor de la justicia, despojándole de formalismos estériles, obrando más confiable para el litigante. En definitiva, el derecho progresa en la medida que se humaniza<sup>22</sup> y tiene como norte la dignidad de la persona.

Desde el ámbito doctrinario y en especial desde la justicia cons-

20 SUMARIA BENAVENTE, Omar, *El sistema de Tutela Jurisdiccional*, publ. en *Constitución y Proceso*, p. 369, Editorial Ara y PUCP, Lima, Perú, Año 2009.

21 SENTIS MELENDO, Santiago, *Humanización del proceso*, en *Estudios de Derecho Procesal*, año 1.967.

22 COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ra. edición póstuma, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 466.

titucional y del derecho convencional se hace una apuesta por la desacralización de los actos procesales, pues las formas solo son estipuladas para una finalidad trascendente y a estas obedecen, si las formas no tienen la repercusión indicada el formalismo se convierte en un sinsentido.

De manera natural las formas son necesarias para los diversos actos jurídicos, sin embargo esta circunstancia no hace perder de vista la naturaleza esencial del procedimiento internacional que radica en la informalidad como regla general. En el particular fuero de los derechos humanos, se ha impuesto la desformalización del procedimiento, penetrando como un imperativo sin el cual la efectividad del sistema caería sucumbiendo por excesiva formalidad.<sup>23</sup>

Cuando el fin es la protección de los derechos humanos, el procedimiento reviste particularidades propias, siendo menos formal y más flexible, sin que por ello se deje de cuidar la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes.<sup>24</sup>

Lo ideal sería colocarse en un justo medio entre lo formal y lo informal, comprendiendo que las formas son imprescindibles,<sup>25</sup> pero sin sacramentalizarlas al punto de ser el acto en sí mismo un conjunto de figuras que no logran objetivo positivo alguno.

## 11 - COSA JUZGADA, “NE BIS IN IDEM”

Básicamente la sentencia constituye el resultado de un proceso legal, por tanto una vez que ha pasado a autoridad de cosa juzgada, el principio *ne bis in idem* sirve de sustento a la seguridad jurídica, aportando garantías de importancia para los ciudadanos y para el Estado.

El *ne bis in idem*, supone la prohibición de un nuevo juicio sobre los mismos hechos, impide que de manera indeterminada los juicios puedan ser sustanciados indefinidamente, consistiendo en la denominada “cosa juzgada material” que coarta la posibilidad de un nuevo juicio. Busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados sucesos,

23 Corte IDH, caso *Lori Berenson Mejía vs Perú*, supra, párrafo 82; caso *Cinco Pensionistas vs Perú*, párrafo 65; caso *Ultima Tentación de Cristo vs Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, No. 73, párrafo 51.

24 Corte IDH, caso *Tribunal Constitucional vs Perú*, supra, párrafo 46.

25 VAZQUEZ SOTELO, José Luís, *El proceso civil y su futuro* publ. en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Año II, N° 3, 2003, p. 82.

para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos.

Ahora bien, la Corte no ha violentado este principio sagrado del orden procesal, que en su gran mayoría consagra al *non bis in idem* como uno de los puntales angulares del método de litigación de los órdenes internos, pero sí presupone que no puede ser aplicado de manera absoluta, en especial cuando la sentencia sea el resultado de un proceso ilegítimo, o de un proceso que no haya respetado los derechos humanos, e incluso, de un proceso fraudulento, donde es evidente que no ha hecho justicia<sup>26</sup>.

Bajo este prisma, sin duda alguna se intenta morigerar los efectos de la cosa juzgada, sin que implique la supresión del *ne bis in idem* en detrimento de la seguridad jurídica, pero cuestionando seriamente aquellos juicios que no se ajusten al debido proceso. Afirmo la *res iudicata* sujeta a un debido proceso, amparando un pleito llevado en debida forma, no avalando ni el fraude ni el engaño<sup>27</sup>.

No se trata de combatir la santidad de la cosa juzgada ni la firmeza del primer juicio, sino que las resoluciones no pueden estar avaladas en un proceso ilegítimo, a la cual pueda atribuirse el efecto de cosa juzgada e idoneidad para sustentar el *ne bis in idem*, por tanto no resulta aplicable cuando el procedimiento constituye una violación de los derechos humanos<sup>28</sup>, siendo una cosa juzgada aparente o fraudulenta.

## 12 - GRADO DE ASIMILACIÓN DE LA CONVENCIONALIDAD EN EL ORDEN INTERNO

La razón por la que el orden supranacional ha alcanzado tanta predominancia en los últimos tiempos, deviene en respuesta a que los repertorios internos no dan protección suficiente a la persona humana, como también cuando surge legislada una eficiente protección, se aplican interpretaciones disuasivas y erradas a fin de evitar el cumplimiento. Esto ocurre en todas las áreas, pero donde más especialmente se percibe la problemática es cuando colisionan los derechos protegidos y las garantías fundamentales que deben aplicarse en procesos donde se ventilan

---

26 Corte IDH, caso *La Cantuta vs Perú*, sentencia del 29 de Noviembre 2006, voto razonado de Sergio García Ramírez, párr. 12.

27 Corte IDH, caso *J. vs Perú*, Sentencia del 27 de Noviembre de 2013, párrs. 259 y 267.

28 Corte IDH, caso *La Cantuta vs Perú*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 153

cuestiones políticas (justificando cualquier posicionamiento que condice con los gobiernos de turnos, o con la posición de la mayoría política, que lógicamente insta a determinada interpretación tendenciosa). Ante estas circunstancias, el orden legal tambalea, sin resistir los embates de las necesidades políticas, que son otras a las jurídicas, sin asumir consignas claras y referenciales que evitarían la judicialización de la política o, lo que es aún peor, politizar la justicia.

La exigencia del control de convencionalidad, que aun no ha pegado mucho por cierto, debe ser aplicada y tenida en cuenta. Sin embargo, debido a múltiples circunstancias y sucesos se ha viabilizado un debate sobre el relacionamiento entre lo Supranacional y el orden interno. Ya no puede desconocerse el carácter supranacional, que incluso plantea la perspectiva de un control de convencionalidad incisivo y determinante, exteriorizando generalmente que el orden internacional debe prevalecer y que las disposiciones inconvencionales de la normativa local deben ser anuladas y expulsadas del orden jurídico.

Se cuestiona la verdadera Supremacía constitucional que ha dejado de ser tan Suprema, pues en uso de la Soberanía del Estado incorporado al texto constitucional, ha decidido voluntariamente ceder hacia la Supremacía de la Convención. Conlleva que al “*Corpus iuris*” Interamericano de Derecho Humanos o incluso se podría comenzar a referenciar a un *corpus iuris universal de protección de los derechos humanos*, se le ha concedido la condición de parámetro de convencionalidad<sup>29</sup> y, al ser parte del orden jurídico vigente, con amplias posibilidades de ejercicio.

Si existe un temario que en los últimos tiempos ha adquirido un vuelo propio en la doctrina constitucional, lo es sin vacilaciones el del precedente vinculante u obligatorio. Numerosas obras se han escrito sobre el precedente, en especial aquellos que tratan de explicitar como se abordaría una cuestión como la del precedente en ordenamientos constitucionales del *civil law*, una antinomia y dispersión asistémica que a pesar de todo ha levantado vuelo a la luz de los fallos de la Corte IDH.

Resolución bisagra dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos constituye la “*Supervisión de Sentencia en el caso Gelman vs Uruguay*”, dictado en Marzo del año 2013, la catalogamos así, porque en la misma se resuelve orientar a todos los países signatarios de la Convención

---

29 JINESTA LOBO, Ernesto, *Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales*, en Velandia Canosa, Eduardo (Director científico), *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo III, Volumen III, VC Editores Ltda. y ACDP, Bogotá, Colombia, 2012, p. 209-226.

Americana de Derechos Humanos, en el sentido que los fallos jurisprudenciales de la Corte IDH, tienen efectos de precedentes vinculantes obligatorios y con efecto *erga omnes* para todos los que sean parte del sistema.

Supone que los Estados que tengan consagrada la perspectiva del precedente vinculante, una ratificación de vinculatoriedad jurisprudencial de los fallos de las Altas Cortes; y para los países que no tengan reconocido el precedente vinculante, la necesidad de replantear los tantos, generando la imperiosidad de aceptar el golpe de timón efectuado por el órgano internacional, tanto en lo referente al precedente como al efecto *erga omnes*.

a) Por un lado la Corte IDH, imponiendo la doctrina del precedente vinculante, en la otra vereda el constitucionalismo interno de los Estados, que generalmente oponen reparos de admisibilidad, idéntica situación proyectada a los códigos procesales rituales.

b) Desde el órgano internacional de Derechos Humanos, imponer el efecto *erga omnes* de la sentencia supranacional.

c) La cuestión radica entonces, en aplicar el marco constitucional atendiendo a la Supremacía Constitucional o adherir a las postulaciones recomendadas por la Convención ADH. Sin dudas esto genera grandes discusiones doctrinarias, por el efecto de Bloque de Constitucionalidad de las normativas de derechos humanos, que culminará con el análisis de si es o no necesaria una reforma constitucional, para ajustar el marco constitucional al contorno internacional de los derechos humanos.

### 13 - CONCLUSIÓN: EL DEVENIR DEL TEMARIO

A la luz de la nueva doctrina convencional, esta impone condiciones tanto al ámbito de la justicia constitucional, como obliga a replantear la situación a futuro en especial en cuanto a su incidencia sobre el derecho procesal, cuando estábamos por realizar un aporte sumamente crítico describiendo negros nubarrones en el horizonte, mediante la novel doctrina se ha despejado el camino que permitirá entrar en la modernidad, implica aceptar la jurisdicción internacional con toda la carga jurídica que conlleva.

Sin embargo, es solo el inicio, nadie en su sano juicio podría concluir que mediante estas decisorias ya se ha concretado la tarea de consolidación de los derechos humanos y las garantías fundamentales, en especial en países renuentes a cumplir con los convenios internacionales. La realidad muestra más que nunca, a los procesos integradores como puntuales del desarrollo donde el espectro jurídico no está ausente, del

cual debemos que ser parte. Sin olvidar los particularismos e idiosincrasia propia de cada pueblo para ejecutar las reformas legislativas.

Para lograr un proceso más justo y por ende la vigencia de un derecho procesal que consoliden los derechos humanos y las garantías fundamentales, se requiere una armonización del cuerpo legal internacional con el orden procesal interno, que se produce a través de la vía del control de convencionalidad.

Adscribimos al criterio que no podemos cerrar las compuertas de la modernidad jurídica, pero sin perder identidad y cultura. La ecuación sería: integración internacional en las garantías fundamentales, sin dejar de comprender la adecuación que debe darse en países con costumbres, tradiciones y forma de vida diferente. De conjugar ambas ideas, no caben dudas que mediante un control de convencionalidad efectivo, el marco jurídico y el procesal se verán potenciados y con gran predicamento entre los justiciables.



# ATIVISMO JUDICIAL SOB A PERSPECTIVA DA SEMIÓTICA E HERMENÊUTICA JURÍDICA

ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO<sup>1</sup>

WALLACE RICARDO MAGRI<sup>2</sup>

## 1 - INTRODUÇÃO

Tratar de ativismo judicial sob a perspectiva da Semiótica e Hermenêutica Jurídica implica enfrentar velhas questões que integram a problemática do Direito, em especial o que tange as fontes do direito, bem como os critérios de interpretação da norma a fim de aplicá-las aos casos em concreto.

Com o enfraquecimento dos paradigmas da modernidade – tanto no que se refere a valores culturais como no que tange a metodologia das ciências sociais – os temas acima mencionados precisam ser revistos, a partir de novos pontos de vista.

É assim que, por meio de modelos da semiótica de linha francesa e da análise dialógica de textos, pretende-se romper com as estruturas dicotômicas do direito, passando a observá-lo como processo de produção de sentido.

Nessa linha de raciocínio, por meio de método hipotético-dedutivo e com base na apreensão de sentido desvelado na análise de textos, busca-se *o ser do sentido* do discurso jurídico desenvolvido nas decisões dos tribunais.

A modernidade buscou modelar a vida em sociedade de acordo com premissas positivas a abordá-la como um fenômeno científico, cujas variáveis seriam passíveis de previsão lógico-dedutiva.

---

1 Doutor em Direitos Fundamentais e Direito Público pela Instituição Toledo de Ensino – ITE, Bauru, SP; Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Cruzeiro do Sul, sistema EaD; Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito da Universidad Libre de Bogotá, Colômbia; Professor Convidado das Universidades de Leuven e Liege, Bélgica; Pesquisador do CNPq; Professor Titular de Direito Público da Universidade Municipal de São Caetano do Sul, SP – USCS; advogado atuante em São Paulo. Autor de obras jurídicas. antonio@baetaminhoto.com.br.

2 Doutor e Mestre em Semiótica e Linguística Geral pela FFCLH/USP, possui graduação em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas; pós-graduação em Direito Penal pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Leciona Metodologia da Pesquisa Científica em Cursos de Pós-Graduação Escola Paulista de Direito – EPD e Escola Superior de Advocacia – ESA). Advogado atuante em São Paulo. Autor de obras jurídicas. adm.magriadvogados@gmail.com



Foi assim que as formas de pensamento dos Antigos e da Idade Média foram subvertidas em cálculos e pensamentos racionais rigorosos, dando vida às ciências contemporâneas, que determinaram nossa visão de mundo e, com a concepção de Estado Soberano, da tripartição de poderes e da organização de sistemas jurídicos fundamentados em normas bem sedimentadas textualmente, buscou-se conferir segurança jurídica à população, sobretudo com a elaboração de Constituições escritas, Codificações a ordenar, de maneira completa e harmônica, as relações dos indivíduos em suas atividades diárias.

Enquanto os discursos unificadores da Modernidade funcionaram bem, aparentemente, bastaria a leitura dos textos legais e sua aplicação literal na solução do caso em concreto para que se atingisse o anseio de segurança jurídica. Assim, no sistema da *civil law*, os Códigos dariam aos cidadãos e aos magistrados o norte para determinar aquilo que seria /conforme/ e o que seria /em desacordo/ com o previsto em lei. Por seu lado, no sistema da *common law*, a casos semelhantes, dever-se-ia aplicar a mesma decisão extraída de *case law* análogo.

Realmente, especialmente no Século XX, parece que estas soluções imediatas, devidamente calculadas, comprovadas e classificadas pelas Ciências conferiram aos cidadãos uma sensação de plenitude, levando boa parte da Humanidade a uma onda de desenvolvimento considerável, forjado na energia do sistema capitalista de produção e da crescente indústria e suas evoluções posteriores, rumando ao mercado de capitais, multinacionais e avanços tecnológicos impressionantes.

Contudo, a partir de meados do século XX, as sociedades tornam-se tão complexas quanto os valores dos grupos sociais particulares, culminando na ruptura com o discurso absoluto, monológico, próprio dos textos centralizadores das codificações e das *stare decisis*.

Com isso, as teorias da interpretação do direito também evoluíram, criando-se novos modelos que não partem apenas da análise da norma jurídica, mas também da apreensão dos valores incrustados nos casos sob análise judicial, sob o prisma de princípios constitucionais, notadamente direitos humanos fundamentais.

Sem negar o importante papel ocupado pelo discurso legislativo na estabilização das relações intersubjetivas, tudo indica que o padrão de produção legal não vence as constantes alterações que vêm sendo reclamadas por minorias, sendo que, em algumas ocasiões, o discurso legislativo tem que ceder espaço para a produção de direito pela jurisprudência.

Tudo se passa como se as minorias que, até o século passado pareciam satisfeitas com as migalhas que lhes eram concedidas pelo Estado Democrático de Direito, na forma de Direitos Humanos e Sociais a lhes conferir piso vital mínimo de subsistência, de repente passassem a se reconhecer como grupo de pessoas com interesses comuns que poderiam fazer valer sua voz através dos meios de comunicação informatizados e dos avanços tecnológicos.

Enquanto isso, o Direito forjado pelo Estado Moderno – em grande parte para proteger as trocas entre os cidadãos e as relações comerciais – começou a se deparar com questões que fugiam em muito de seu repertório e passou a se perguntar:

- Onde foi parar aquele homem médio?

- Onde foi parar aquela sociedade formada por indústria e seus funcionários?

- Onde foi parar a clássica tripartição de poderes e a soberania da Lei?

É justamente respondendo a estas três perguntas - e desconstruindo o Direito – que se desenvolve este estudo, cujo tema central é o ativismo judicial e sua busca por conferir respostas prontas a questões sociais pungentes que parecem não encontrar respostas adequadas e satisfatórias por meio dos meios jurídicos e políticos colocados à disposição pela Modernidade.

## **2 - BREVES APONTAMENTOS SOBRE FONTES DO DIREITO, SEMIÓTICA E SEMIÓTICA JURÍDICA**

O discurso jurídico convive com a problemática de se afirmar como garantidor da paz e ordem social, conferindo às relações intersubjetivas segurança jurídica, questão tormentosa, especialmente quando é colocada no cenário político-social contemporâneo, em que as sociedades e as relações interpessoais tornam-se extremamente complexas e plurais.

As duas principais formas de expressão verbal do discurso jurídico são a lei e a jurisprudência. Em apertada síntese, pode-se afirmar que as leis são comando normativos de caráter geral que vinculam a atuação dos jurisdicionados, sob pena de sanção institucionalizada pelo Estado, ao passo que a jurisprudência consiste em um conjunto de decisões de órgãos judiciais colegiados que caminham no mesmo sentido, quando da resolução de litígios, aplicando-se a sanção prevista em norma jurídica.

A controvérsia sobre a supremacia das leis sobre a jurisprudência, enquanto efetiva fonte de direito, já rendeu e ainda rende acirrados debates na comunidade jurídica, havendo correntes doutrinárias que concedem à legislação este caráter absoluto de criação do discurso jurídico, enquanto outras pugnam pela autonomia produtiva da jurisprudência, defendendo que não se trataria de mera interpretação da norma para sua aplicação ao caso em concreto.

Seja como for, é consenso que, para a solução de litígios, se faz necessária atividade interpretativa por parte dos magistrados, que se socorre de modelos de interpretação que são oferecidos pela Hermenêutica Jurídica, ramo do conhecimento que se presta justamente a oferecer estes modelos teóricos de apreensão de sentido dos textos jurídicos sob análise.

Assim, julgadores que privilegiam a supremacia das legislações adotarão o modelo oferecido pela escola da exegese, que orientará o intérprete a realizar raciocínio silogístico a fim de operar a subsunção do fato à norma, resumida no esquema deontológico kelseniano: *Se A é, então B deve ser.*

Já aqueles que buscam solucionar a lide a partir de elementos extraídos do caso em concreto, livres da mera atividade silogística, muitas vezes amparam-se nas ditas ciências auxiliares do direito para chegar à conclusão interpretativa, servindo de exemplo o julgado acerca do aborto de fetos anencéfalos, oportunidade em que o STF decidiu que, ao invés de afastar o crime de aborto, com base nos estudos de medicina, biologia e genética, este feto, por não ter o cérebro devidamente formado, não teria vida e, portanto, não seria sujeito de direitos tutelados pelo Estado.

Antes de avançarmos nestas considerações – que já adentram na polêmica acerca do ativismo judicial – pretende-se neste capítulo aclarar o se estende por semiótica e semiótica jurídica, que serão os métodos de análise da atividade judicial diante da decisão de demandas, uma vez que esta área do conhecimento nem sempre de alcance é de domínio dos pesquisadores da área jurídica.

A semiótica francesa é essencialmente estruturalista, surgida da ampliação dos conceitos da linguística (projeto de análise científica das ciências sociais originado nos estudos de linguística geral formulados por Saussure) para além da teoria dos signos linguísticos, trabalhando com as noções de forma e substância do plano de expressão e do plano de conteúdo a fim de apreender o sentido dos textos e que ganha novos contornos no novo milênio com os modelos ditados pela semiótica tensiva, das paixões e missivas, como caminhos para a superação dos modelos de primeira hora, geralmente criticados por serem considerados excessivamente formalistas.

A semiótica analisa textos por meio de um percurso gerativo de depreensão de sentido, que percorre as relações semânticas e sintáticas fundamentais que sustentam o texto, passando pelas relações de narrativa mínima, por meio das quais as relações semânticas se desenvolvem em programas actanciais de aquisição de objetos, desembocando nos aspectos discursivos visualizados na superfície textual, quando se trabalham categorias de tempo, espaço e pessoa nos textos, além da tematização e figurativização.

É assim que partindo do inteligível chega-se ao sensível, ao que aqui chamamos de nível fundamental de geração de sentido, esclarecendo, desde logo, que todos os níveis possuem uma estrutura sintática e uma estrutura semântica. Enquanto a estrutura sintática ocupa-se em determinar categorias semânticas e as relações sintáticas entre elas, o componente semântico dá conta de explicar o valor que é atribuído a cada um dos termos da rede de relações estabelecida.

Por exemplo, podemos dizer que a norma jurídica determina o percurso narrativo que deve obedecer a atuação do sujeito em sua vida social, estabelecendo um enfrentamento semântico de nível fundamental entre natureza *versus* cultura.

Todos aqueles que desejam restar integrados com a vida em sociedade, devem, no nível narrativo, agir conforme o que foi estipulado em lei, a fim de serem sancionados positivamente pelo legislador, nutrimo valores de integração ao sistema (aos transgressores a sanção é negativa e pode levar, conforme o caso, inclusive, à segregação social).

E para serem sancionados positivamente, os sujeitos cumprem contratos, não cometem crimes, pagam impostos, que nada mais são do que figuras estampadas sobre os temas dos diversos ramos do direito que norteiam as relações sociais.

## 2.1 - SEMIÓTICA JURÍDICA

Uma vez já delineadas as linhas gerais da teoria semiótica de linha francesa, é preciso voltar a atenção para o tema central deste capítulo e tratar de definir o que se entende por semiótica jurídica e como seus modelos de análise podem contribuir para a compreensão das relações entre o discurso legislativo e o discurso judicial a fim de se estabelecer o estatuto semiótico em que repousa o ativismo judicial.

As obras de referência que norteiam a aplicação da semióti-

ca para a análise do discurso jurídico são “Semiótica e Ciências Sociais”, de Algirdas Julien Greimas e “Sociedade Refletida”, de Eric Landowski. Para caminhar em uma área do conhecimento, nada melhor do que observar e descrever o que os autores renomados dizem a seu respeito e, a partir daí, refletir e deduzir possíveis desdobramentos das suas ideias norteadoras.

Em princípio, parece que tanto Greimas quanto Landowski, mais do que encerrar os debates sobre semiótica utilizada como recurso para a análise do discurso jurídico, nas obras acima referidas trataram de estabelecer suas linhas mestras, abrindo espaço para desenvolvimentos pontuais e monográficos às questões suscitadas ao longo de seus estudos preliminares.

Como bem esclarece Landowski, não pretende a semiótica recriar a Teoria Geral do Direito, ou apenas renomear os elementos jurídicos com objetivos meramente teóricos, mas oferecer uma nova perspectiva de análise capaz de abrir novos caminhos antes não considerados<sup>3</sup>.

A proposta de Landowski consiste em centralizar as atenções do semioticista, enquanto estudioso do fenômeno jurídico, na narratividade, ou seja, na construção de um percurso sintático abrangente o bastante para servir de base para tantas formações semânticas de superfície quantas forem possíveis de serem realizadas.

Ainda que haja indissociável relação entre a faceta semântica e a sintática de determinada linguagem, o estabelecimento de uma coesa estrutura sintática do texto torna possível sua utilização independentemente do modelo semântico que irá revesti-lo, permitindo que, por meio de uma só estrutura, modalizem-se estados e fazeres das mais diversificadas maneiras.

---

3 Nesse ponto, como bem explica LANDOWSKI, Eric. *Sociedade Refletida*. Cit. P 63-64: “Dir-se-á que, em tudo isso, a semiótica não descobre nada: ela nada mais faz, em suma, senão denominar de maneira um pouco diferente as coisas já conhecidas e repertoriadas. Isto é verdade, mas nem por isso constitui, a nosso ver, uma objeção pertinente. Jogar com as denominações teria efetivamente pouco interesse se essa operação levasse a uma pura e simples substituição terminológica. Mas teremos compreendido que não é exatamente disso que se trata no caso presente e que a relação entre vocabulário jurídico existente e o vocabulário analítico proposto não é uma relação de equivalência e de preferência num mesmo plano, mas de uma superposição correspondente à hierarquização conceptual dos níveis de apreensão possíveis dos fenômenos a serem descritos. Não é um título de glória para o semioticista elaborar conceitos e, como veremos daqui a pouco, modelos de alcance por vezes mais abrangentes que os especialistas das outras disciplinas constroem para as necessidades imediatas da sua prática. A cada qual seu ofício, ou antes, no caso, a cada qual seu nível de conceptualização!”

Emergindo à superfície do texto, temos que as normas jurídicas elegem esta ou aquela conduta como sendo considerada “conforme o ordenamento jurídico”, fundadas em razões sociológicas, históricas ou políticas.

No entanto, em todos os casos, a estrutura semio-narrativa mantém-se inalterada, revelando-se antes do seu revestimento discursivo, quando será recoberto por temas e figuras que poderão tratar de toda a sorte de direitos e obrigações passíveis de previsão pelas normas jurídicas.

Fica estabelecida, enfim, a proposta do que se pode considerar efetivamente uma semiótica jurídica, em oposição a uma possível semiótica do direito, como esclarece Landowski (1982:62):

Na medida em que se pode admitir que os dispositivos característicos do nível “superficial” (em que a norma já se acha investida na rede semântica de determinado sistema de direito positivo) apenas aplicam, em sua ordem própria, as regras de uma sintaxe mais fundamental (pertence ao nível profundo que acabamos de postular), admitir-se-á também que a análise semiótica dos dispositivos ditos superficiais passa pela construção prévia de modelos mais gerais que assumem diretamente como objeto essa sintaxe fundamental, independentemente de seus modos de investimento particulares em determinada manifestação de superfície. Não fosse a presunção das diferenças terminológicas demasiado “sutis”, poder-se-ia marcar explicitamente a hierarquia de níveis aplicando de preferência a expressão “semiótica do direito” (ou dos sistemas positivos) aos estudos que têm em vista o primeiro nível, e reservando a de “semiótica jurídica” (*lato sensu*) para as pesquisas pertencentes ao segundo nível<sup>4</sup>.

Pois é justamente valendo-se da semiótica jurídica que será traçada a dinâmica de concepção do discurso jurídico por meio de processos de produção legislativa e verificação judicial a seguir.

### **3 - RELAÇÕES ENTRE AS FONTES DO DIREITO SOB A PERSPECTIVA SEMIÓTICA – PRODUÇÃO LEGISLATIVA E VERIFICAÇÃO JUDICIAL**

Na obra “Semiótica e Ciências Sociais”, Greimas propõe que o discurso jurídico é amparado em duas isotopias<sup>4</sup>, a primeira pertencente

---

4 Isotopia - Em Linguística, “isotopia” (do grego *isos*, igual, semelhante, e *topos*, pla-

aos domínios da língua natural e a segunda expressa em linguagem jurídica, que possui sintaxe e dicionário próprios.

O discurso jurídico, dentre tantos outros, como discurso científico em geral, enuncia-se por meio de uma linguagem própria que é criada assumindo termos da língua natural e conferindo a eles especificidade semântica, ou seja, transformando temas manifestamente polissêmicos em monossêmicos, como é o caso da linguagem jurídica.

Ao lado do dicionário jurídico, há a gramática jurídica, que estabelece a maneira como os elementos paradigmáticos estabelecerão relações sintagmáticas e, dessa forma, desencadearão o discurso jurídico.

O discurso jurídico, como foi dito, se baseia em uma dupla isotopia: a primeira que se refere ao discurso legislativo e a segunda que se refere ao discurso referencial. O discurso legislativo é composto de enunciados performativos e normativos que conferem existência jurídica a determinados fatos e pessoas que advêm do discurso referencial, entendido como o próprio mundo social anterior à fala que o articula.

Relação curiosa esta que remete diretamente às peculiaridades do discurso jurídico que, não obstante seja criado a partir de determinada língua natural, dela se destaca ao criar uma sintaxe e semântica peculiar, apropriando-se dos termos destacados daquele discurso, que lhe é referência.

É assim que podemos dizer que o nível legislativo da linguagem vai

---

no, lugar) significa plano de sentido, leitura que se faz de uma frase ou texto. Se, por exemplo, uma frase permite apenas uma leitura, é dita *monoisotópica*; *diisotópica* se permite duas; *triiisotópica*, se três; etc. Dessa forma, em “Ganhei esta caneta do meu pai” e “Nas últimas férias, descansei bastante” temos duas frases monoisotópicas, isto é, cada uma com apenas um significado. Em “Há muito televisor que precisa melhorar a **imagem**” e “Ronan, a Márcia chegou com **seu** pai», cada frase admite duas leituras. No primeiro exemplo, **imagem** = *representação televisionada de pessoas e coisas* e também *conceito*. No segundo, **seu** = *de Ronan* ou *de Márcia*. Já em “Empresas **negam oferecimento** de propina», temos frase triisotópica, em que, **negam oferecimento** = *recusam oferecer*; *desmentem ter oferecido* e *desmentem ter recebido oferecimento*. O mesmo ocorre em “Acadêmicos **viram** monólitos», em que **viram** = flexão do verbo *ver*, de *virar-1 (transformar-se)* e de *virar-2 (mudar de posição)*. A multiplicidade de planos de sentido é geralmente produzida por **homonímia** ou **polissemia**. É importante notar que o conceito de isotopia pertence à Linguística - particularmente à Semântica, um ramo seu -, ciência que descreve os fatos da língua sem impor normas nem se preocupar com certo e errado. Assim, para a Semântica, é indiferente se a pluralidade de significados de uma frase ou texto é produzida intencionalmente ou não. Entretanto, para a Gramática, normativa que é, a duplicidade de sentido será encarada como recurso de estilo se for produzida intencionalmente com objetivos estéticos ou expressivos. Em caso contrário, será considerada **ambiguidade**, vício sintático, que deve ser evitado. Disponível em <http://www.paulohernandes.pro.br/dicas/001/dica031.html> acesso em 28/03/2019.

atribuir sentido jurídico a determinados fatos do nível referencial, que se entende como um *a priori* lógico que a fala legislativa apenas descreve e organiza.

Como já se disse, o discurso jurídico possui uma gramática própria, que só recepção aquelas construções que se mantenham intactas diante desses critérios próprios de verificação, uma vez alçadas do nível referencial. Da mesma forma, como também já se viu, possui uma semanticidade própria, ou seja, um dicionário jurídico autônomo.

A verificação da adequação gramatical das performances dos indivíduos para a constatação se estão em conformidade com a semântica do discurso legislativo opera-se através do que se denomina verificação judicial, momento em que o magistrado faz a aplicação da norma ao caso concreto, usualmente reconduzindo a sentença à legislação de origem, salvo nas hipóteses em que há lacuna ou omissão legislativa – assunto ao qual voltaremos mais adiante.

Para seguirmos, é importante traçarmos a distinção entre o papel discursivo exercido pelo Poder Legislativo, enquanto elaborador de normas, e o papel discursivo do Poder Judiciário, enquanto julga casos em concreto.

Produção legislativa é o mecanismo de que se vale o legislador para a elaboração das leis, transformando elementos juridicamente asemânticos do discurso referencial em juridicamente semânticos, ao integrá-los à gramática jurídica, ou seja, no campo das prescrições e proibições legais.

Uma vez determinadas *a priori* as relações jurídicas a que o ordenamento jurídico vai conferir traço de /juridicidade/, é pelo fenômeno da verificação judicial que o Estado-juiz aprecia a adequação de determinada ação de uma parte processual ao que é prescrito em lei.

Vale dizer, ao tratar das ocorrências do nível referencial, o magistrado (na condição de destinador-julgador promove o confronto do fato do mundo natural (natureza) com a prescrição legal (cultura), para assim determinar a adequação discursiva de seu conteúdo.

Esta análise demonstra-se plenamente suficiente se admitimos que as funções do Poder Legislativo e do Poder Judiciário são nitidamente distintas, como pretende o modelo acima proposto, ou seja, admitindo que o Judiciário sempre aceita o discurso legislativo como correto. No entanto, o próprio Landowski admite improvável tal assertiva:

As coisas seriam simples demais, porém, se a realidade se conformasse tão uniformemente a esses princípios. De fato, todos os praticantes do direito o sabem, e muitos teóricos admitem, que o juiz, na medida em que supre as lacunas da lei, em que adapta suas disposições, em que contribui para determinar suas condições de



aplicação e, enfim, na medida em que se atém, em tudo isso, à sua própria jurisprudência, invade constantemente o papel do legislador e constitui, no mínimo, por este motivo, 'fonte secundária' de direito. (LANDOWSKI, 1982:75)

Assim, o que dizer quando o destinatador-juiz em sua decisão passa a versar não sobre a adequação da conduta do sujeito de direito ao ordenamento jurídico, mas a respeito da correção da produção legislativa que informa a espécie legal, por entendê-la em desconformidade com o sistema legiferante, como ocorreu no reconhecimento da legalidade das uniões homoafetivas.

É aqui que entra o jogo a questão do ativismo judicial, impulsionado sobretudo pelo controle difuso e concentrado de constitucionalidade, tratando de analisar os lapsos discursivos que permitiriam o eventual desenvolvimento daquilo que denominamos produção judicial.

#### **4 - ATIVISMO JUDICIAL – ESCOLAS HERMENÊUTICAS E INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA**

Pela expressão ativismo judicial se buscou e ainda se busca caracterizar conduta proativa e de protagonismo adotada pelo Poder Judiciário quanto à consecução, implementação e concreção de políticas públicas ou mesmo princípios e/ou valores estampados, via de regra, na Constituição Federal.

O termo ativismo judicial foi utilizado pela primeira vez em artigo da revista *Fortune*, em 1947, para tratar da atuação de magistrados da Suprema Corte norte-americana que se sentiam no dever de interpretar a Constituição dos Estados Unidos da América com a finalidade de garantir direitos sociais e econômicos nela previstos.

Neste fazer interpretativo, invariavelmente, estes magistrados, chamados de ativistas, buscavam analisar o caso em concreto, reconduzindo-o à norma, com a finalidade não de subsumi-lo a ela, mas também adequar a semântica do próprio texto legal para amoldá-lo à realidade social a que deveria ser aplicada.

Considerando que o sistema norte-americano adota em boa parte a *common law*, o julgamento com base em precedentes de corte e a via indutiva de raciocinar o direito não chega a causar tanta perplexidade. No entanto, em um país como o Brasil, adepto da *civil law* e que convive

com doutrinadores devotos ao positivismo legal e aos valores quase que mitológicos da segurança jurídica através da lei e da estanque separação de poderes, natural que a expressão /ativismo judicial/ tenha ganhado conotação pejorativa.

No entanto, não é por este caminho que seguiremos, procuraremos nos manter fiéis ao propósito semiótico ora proposto e trazer ao debate questões hermenêuticas envolvidas nestas decisões judiciais a fim de se depreender como se constrói o direito como norma a partir do discurso judicial.

#### **4.1 - ESCOLAS HERMENÊUTICAS SOB ABORDAGEM SEMIÓTICA**

Em geral, os autores adoram critérios semelhantes para dividir as escolas hermenêuticas. Em virtude da pretensão desta pesquisa, de não se tornar análise histórica do pensamento jurídico, incorrendo no engano de aparentar que uma escola surgida posteriormente se sobrepõe às anteriores diacronicamente, posto que todas elas coexistem contemporaneamente na atividade jurídica, adotamos desde já a divisão ofertada por Chaïm Perelman em sua obra “Lógica Jurídica”, que vai separar as escolas hermenêuticas entre aquelas surgidas a partir da análise do Código Civil de 1804 até o período anterior à Segunda Guerra Mundial, quando surgem novas escolas que remontam preocupações relacionadas à ideia de justiça e referência a valores, menos vinculadas ao texto legal emanado do poder constituído, uma vez que, especialmente após o holocausto, conclui-se que o Estado pode ser o criminoso<sup>5</sup>.

Acerca das principais escolas hermenêuticas – escola da exegese, da livre interpretação científica, da interpretação sociológica, da escola história, da escola finalista, da escola do direito livre – dependendo da perspectiva ideológica ou temporal do intérprete, pode variar sua relação de aproximação ou distanciamento com aquilo que é previsto em norma.

Nesta altura, pode ser produtiva a noção de quantificação subjetiva proposta por Tatit ao tratar da semiótica tensiva de Fontanille e Zilberberg, bem como o capítulo da obra “Tensão e significação” que aborda a questão do valor por meio da distinção entre ‘valores de absoluto’ e ‘valores de universal’, a fim de organizar as diversas correntes e as tendências

5 A esse respeito, interessante este trecho da obra acima mencionada (Perelman, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 91: “(...) com o advento do Estado criminoso que foi o Estado nacional-socialista, pareceu impossível, mesmo a positivistas declarados, tais como Gustav Radbruch, continuar a defender a tese de que ‘Lei é Lei’, e que o juiz deve, em qualquer caso, conformar-se a ela. Uma lei injusta, dirá Radbruch, não pertence ao direito”.

por esta ou aquela maneira de interpretar o discurso jurídico. Ao tratar do valor à luz da semiótica, Fontanille e Zilberberg esclarecem que:

Para Greimas, essa problemática é dupla: trata-se de formular uma mediação entre os valores linguísticos, em princípio estritamente diferenciais e ‘vazios de conteúdo’, e os valores narrativos, os quais, na perspectiva greimasiana, são considerados como imanentes ao devir do sujeito em busca do ‘sentido da vida’. Em segundo lugar, se se admite que o percurso gerativo declina as diferentes classes de valores – valores aferentes às estruturas elementares de significação, valores modais e temáticos aferentes às estruturas narrativas de superfície, valores discursivos – a reflexão sobre os valores acaba por se confundir com outra. Referente à conversão dos valores de um nível a outro e indica uma certa incompletude da semiótica greimasiana atual. (FONTANILLE/ZILBERBERG 2001:40)

Mais adiante, os autores vão propor que:

(...) do ponto de vista figurativo, ou seja, das categorias atestadas somente no plano de conteúdo, admitiremos que o espectro do valor possui termos extremos: para a intensidade, os *valores do absoluto*, onde domina o foco; para a extensidade, os *valores de universo*, onde domina a apreensão; mas, tanto num caso como no outro, trata-se apenas de um dominante: os valores de absoluto prevalecem em detrimento dos valores de universo, e reciprocamente. (FONTANILLE/ZILBERBERG 2001:45)

Aí entra em jogo a noção da primeira citação, que vai tratar do ‘vazio de conteúdo’ a que se refere Greimas, para tratarmos da proposta de análise das escolas hermenêuticas pelo prisma da semiótica e sua organização pela quantificação subjetiva. Para tanto, antes é preciso tomar emprestado da literatura a noção de ‘momento epifânico’, que é aquele momento extraordinário, que cria a tendência a dissementização dos valores de mundo para, então, ressemantizá-los de acordo com aquele evento, com o qual o sujeito pretende permanecer em estado de conjunção.

No entanto, curiosamente, esta conjunção com seu objeto-valor é tensa, pois bem sabe o sujeito que, a qualquer momento, referida conjunção pode ser desfeita pela atuação do antisujeito.

Aplicando as noções de valores de absoluto e valores de universal, conforme já tivemos a oportunidade de descrever, o evento da Revolução Francesa foi algo nunca antes experimentado na história das

sociedades políticas ocidentais, uma vez que, ao romper com as balizas políticas do Antigo Regime, pôs em funcionamento um sistema de previsões legais capaz de fazer valer os ideais (valores) revolucionários de liberdade, igualdade e fraternidade.

Ocorre, neste momento histórico, a dissementização dos valores que pertenciam ao sistema político anterior, que passam então a processo ressemantização de acordo com os ideais revolucionários. Pegue-se como exemplo a noção de soberania, que é transferida do monarca absolutista para o povo (democracia por representação).

Era justamente esta a preocupação dos pensadores que arquitetaram a ruptura com o *ancient regime* por meio da criação de grandes monumentos jurídicos que teriam o condão de prever a vida do jurisdicionado em todos seus aspectos, para que não se vissem obrigados a se submeter ao arbítrio do soberano.

Neste momento, o antisujeito era representado pelo magistrado que, sob o pretexto de analisar discricionariamente as ocorrências em sociedade, punindo ou absolvendo os cidadãos, fazia este arbítrio valer como impunidade dos poderosos e excesso de rigor aos menos validos.

É assim que, partindo para um processo de criação de texto legal codificado, certamente o que se buscava não era o aprisionamento do sujeito, mas sim a limitação da discricionariedade do juiz para que este não agisse em desacordo com os anseios da revolução, momento epifânico com o qual os revolucionários desejavam manter-se em conjunção, a qual duraria tanto mais tempo quanto as mãos do juiz estivessem engessadas, quanto mais estes se tornassem a boca da lei.

A fim de operar o fechamento dos valores revolucionários e livrá-los da *generalização* das decisões judiciais arbitrárias, o Código Civil de Napoleão ganhava contornos de valor de absoluto, ou seja, descrevia minuciosamente o dever-ser em sociedade e de que maneira o juiz deveria aplicar a norma jurídica.

Antes de acusarem de se estar utilizando ferramental específico da análise do discurso da arte para aplicação em algo próprio do discurso da vida, vale a informação de que Zilberberg e Fontanille se valem de “Democracia americana”, de Tocqueville para desenvolver as explicações destas questões.

É assim que os operadores da escola da exegese, maravilhados com a perfeição que haviam alcançado com a elaboração da codificação civil, concentrando todo o direito dos cidadãos em um diploma legal, passaram a aplicar, de forma literal, suas disposições. Note-se que este processo pressupõe uma triagem dos valores distribuídos em sociedade

para, a partir daí, tratar seus objetos de modo absoluto.

Sob esta concepção, é natural que ganhem relevo os critérios de interpretação que valorizam os traços de /concentração/, dos valores de absoluto. É por isso que, sobretudo na primeira fase da escola da exegese, predominaram os seguintes mecanismos de interpretação que valorizam a triagem e o fechamento, negando a possibilidade de considerações outras que não aquelas previstas pelo legislador: quanto à origem, a interpretação deve ser autêntica; quanto ao método, lógico-gramatical; quanto ao alcance, declarativa.

Sem dúvida, a maior extensidade dos *valores de absoluto* e da concentração na possibilidade do *non liquet*, ou seja, do magistrado deixar de proferir sentença por inexistir previsão legal nesse sentido, bem como na tarefa das Cortes de Cassação de rever decisões judiciais em desacordo com as normas jurídicas, submetendo os casos omissos ao Poder Legislativo para as medidas necessárias, tornavam preponderante o papel da legislação na formação do discurso jurídico.

Assim, o fazer missivo do magistrado era conduzido pelo *crer* que o Código Civil era sua ferramenta de trabalho perfeita, plena e acabada, não havendo necessidade de recorrer a quaisquer outros critérios, uma vez que ali o sistema jurídico encontrava-se aperfeiçoado.

A noção de quantificação subjetiva apresenta-se como ferramenta mais eficaz para tratar das gradações de sentido nas ciências humanas, introduzindo os elementos *mais* e *menos* (e suas combinatórias) como se fossem 'sílabas' tensivas responsáveis pelos graus de ascendência e descendência no plano da intensidade.

Utilizando este tipo de gradação, tem-se que o excesso de concentração, de intensidade, cria um grau de saturação (*mais mais*), que acaba por se tornar necessária sua distensão.

No caso do Código de Napoleão e do modelo exegetico, por óbvio, a reafirmação constante de valores de absoluto tornou aquelas previsões legais distantes da realidade (*rarefação*), uma vez que eram avessas à mistura e incorporação de outras visões da sociedade em que operava efeitos.

É assim que a Escola da Livre Interpretação Científica do Direito surge como alternativa no momento em que o sistema se mostra não tão fechado (lacunas), não tão perfeito (antinomias) assim (*menos mais*).

No entanto, ainda sem negar os valores de absoluto, com o fito de ainda se manter em conjunção com os ideais trazidos pela Revolução Francesa, busca trabalhar apenas no eixo das lacunas da lei, ou seja, quando esta faltar, suprimindo suas lacunas, ou para solucionar os chamados conflitos aparentes de normas.

Por este prisma, conferindo uma redução da concentração anterior, dando menos relevo à noção de completude do ordenamento jurídico, torna possível a aplicação de critérios exteriores ao discurso legislativo a fim de preencher as lacunas do ordenamento, como a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. O sistema se torna, pois *menos* fechado e mais adepto à discricionariedade dos magistrados e à possibilidade de ativismo judicial.

Certamente, este tipo de apreensão do ordenamento jurídico, que caminha para a distensão, abre possibilidades que tendem para a outra ponta dos valores, ou seja, valores de universo. Neste caso, considera-se o sistema aberto, admitindo-se a mistura de diversos valores, para depois estabelecer alguma forma de triagem, quando surgem as escolas sociológicas e históricas do direito, finalistas, sendo que, no limite da extensividade dos valores de universo temos a escola do direito livre, que chega ao ponto de negar a relevância do direito codificado, admitindo, inclusive o julgamento do magistrado por meio do arbítrio razoavelmente delineado da análise das provas colacionadas ao processo. Como alertam Zilberberg e Fontanille (2001:56-57)

Delineia-se, assim, uma sintaxe dos tipos de valores, que permitiria descrever 'a vida' e a 'morte' das axiologias e até o grau de interesse e de desinteresse dos sujeitos que as utilizam: a banalização, por exemplo, num regime de valores de absoluto, conduz, progressivamente, não à vitória dos valores de universo, mas uma *decomposição axiológica*, assim como, num regime de valores de universo (um democracia, por exemplo), a *marginalização*.

Portanto, sob o critério da quantificação subjetiva, dando *mais* relevância ao sistema codificado ocorre a banalização do conceito de sistema fechado e acabado, passível apenas de interpretação lógico-gramatical.

De outra banda, a negação total das normas, torna os fundamentos do direito *generalizados*, dando a entender que tudo é possível, de acordo com o arbítrio dos magistrados, o que também é prejudicial à interpretação jurídica neste extremo, valendo citar o caso de juízes que acabam se tornando 'xerifes' ou 'tiranos do judiciário' por se julgarem capazes de decidir sobre o certo e errado acerca das demandas de acordo com seu próprio universo axiológico.

Destarte, uma vez compreendida a possibilidade de atuação proativa do judiciário nas hipóteses em que há lacunas e conflitos normativos, é preciso depreender em que situações seria possível haver produção judicial para suprir eventual omissão legislativa acerca de temas que deveria tratar.

## 4.2 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PRODUÇÃO JUDICIAL

A última palavra acerca da constitucionalidade de uma norma é o Supremo Tribunal Federal, quer seja pela via difusa, quer seja pela via concentrada de aferição se determinado comando legal está de acordo com as orientações constitucionais acerca daquele tema.

Além disso, há de considerar situações em que os anseios programáticos da Carta Magna não estão sendo supridos pela falta de elaboração das leis infraconstitucionais necessárias por parte do Poder Legislativo, o que se caracterizaria como uma espécie de inconstitucionalidade por omissão.

Se, conforme vimos ao longo desta exposição que as ferramentas hermenêuticas da modernidade oferecem alicerces consistentes para que o magistrado possa suprir lacunas no ordenamento jurídico, realizando o que denominamos aqui de *produção judicial* – neologismo sugerido para evitar a acepção negativa emprestada ao termo ativismo judicial – resta saber por onde deve alicerçar sua decisão quando não há normas para reconduzir seu raciocínio, a partir do caso em concreto.

Ressalte-se que estas situações estão a ocorrer com maior frequência no século atual em virtude das constantes mudanças de paradigmas sociais, cujo impulso inicial, ensina a Filosofia do Direito, se deram a partir dos movimentos culturais de maio de 1968, inaugurando o que alguns chamam de pós-modernidade e outros de contemporaneidade.

Diante desta complexidade, sob o aspecto hermenêutico, em linhas gerais, pode-se afirmar que, após a Segunda Guerra Mundial, considerando que as normas válidas do sistema poderiam carregar indesejável traço de injustiça, partem os autores para estudos de princípios gerais de direito e de certas máximas que devem ordenar o pensamento do intérprete, com vistas a realizar justiça no caso em concreto.

Há, a partir de 1945, a ruptura com os sistemas de hermenêutica então em voga, partindo a interpretação judicial para a análise do direito a procedimento mais empírico, consistente na problematização e estudo de *hard cases*, quando os princípios e normas jurídicas entram em conflito e princípios colidem entre si. Nesta mesma toada, a lógica formal abre espaço para a lógica da argumentação, ditada pela razoabilidade e proporcionalidade.

Tudo se passa como se o magistrado, agora livre dos 'traumas' da Revolução Francesa, cujos reflexos foram forte e longamente sentidos no direito, encontrasse, para além da libertinagem do direito livre, a possibilidade de escorar seu fazer interpretativo em princípios erigidos do texto constitu-

cional, que se torna o metadestinator axiológico das decisões do STF.

Portanto, diferentemente da Escola do Direito Livre que, conforme vimos, apenas leva ao limite os valores de absoluto, acabando por dismantelar a ideologia então vigente, autores como Dworkin, Alexy, Perelman, Siches, propõem bases consistentes para sustentar aquilo a que nos referimos como valores de universo, que são mais afeitos à pós-modernidade, em que se fazem ouvir as vozes das minorias também – o que é difícil de ocorrer no discurso monológica das decisões que envolvem as formações de maiorias parlamentares.

Pegue-se como exemplo voto ministerial a respeito do reconhecimento das relações homoafetivas (Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF) para atentar-se de como tais concepções de direito na pós-modernidade estão incorporadas dialógica e construtivamente em referido discurso:

O pedido formulado pelo requerente é de aplicação do regime jurídico previsto no art. 1723 do Código Civil às uniões entre pessoas do mesmo sexo com a intenção de instituir família. De acordo com a interpretação de alguns, o regime estaria limitado às uniões entre homem e mulher. O requerente articula com a violação dos princípios e às regras constitucionais atinentes à liberdade, igualdade, dignidade e segurança jurídica. Defende ser obrigação constitucional do poder público a aplicação analógica do regime de união estável às relações homoafetivas.

Neste tópico já fica estabelecido o tema a ser enfrentado: colisão entre norma e princípios constitucionais. Para ponderar/sopesar a este respeito, o magistrado vai traçar o panorama em que a sociedade atual se insere, advertindo que em países mais avançados há reconhecimento das uniões homoafetivas e que a segregação destes indivíduos da cultura jurídica é causa de preconceitos e agressões a esta parcela da população. Sob esse prisma, mais adiante, o Magistrado vai ressaltar:

O princípio da dignidade da pessoa humana ostenta a qualidade de fundamento maior da República. É também mencionado no art. 226, §7º, onde figura como princípio inerente ao planejamento familiar, e nos artigos 227 e 230, quando da referência ao dever da família, da comunidade e do Estado de assegurarem, respectivamente, a dignidade da criança e do idoso. As opiniões doutrinárias asseveram tratar-se do “valor dos valores” do “ponto de Arquimedes no Estado Constitucional” (Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais*, 2002, p. 81), de modo



que a importância enquanto fonte autônoma de obrigações e direitos não pode ser negligenciada.

De referido trecho, de ressaltar a flagrante tendência a conferir valores de absoluto aos princípios constitucionais, em especial ao da dignidade da pessoa humana, criando uma notável *retenção*, que antes ocorria com o apego à norma civil.

Nessa mesma linha de raciocínio, bem aciona o enunciador as lições de Dworkin e a preferência de, na decisão judicial, trabalhar feito um novelista que recebe um texto inacabado pelo roteirista anterior e procura, a partir da incorporação de seu desejo inclinado pela busca de justiça, reconstruir o texto legal, dando maior referência aos princípios do que a texto normativo literalmente declarado. Do mesmo modo, alinha-se às lições de Siches em busca da 'lógica do razoável'.

Como se sabe, em referida decisão plenária, que serviu de breve ilustração de como se conduzem as decisões chamadas ativistas para suprir eventuais omissões legislativas na garantia de direitos das minorias, os Ministros do STF entenderam haver omissão legislativa acerca do reconhecimento das relações homoafetivas, tratando de conferir interpretação conforme a constituição ao art. 1723 do Código Civil, com base em princípios constitucionais.

## 5 - CONCLUSÃO

Temos, assim, que as decisões judiciais tidas como ativistas apontam ruptura com os métodos de interpretação da norma surgidos na Modernidade, caminhando para a análise dos casos submetidos a seu crivo por meio da construção do direito com base em princípios que são conferidos pela Constituição Federal, o destinador axiológico dos valores que informam a sociedade brasileira.

Com isso, o discurso jurídico deixa de ser o discurso da autoridade plena da lei, tipicamente centrípeta em torno da voz da maioria e aplicado por mero raciocínio lógico-formal, tornando-se palavra compartilhada, centrífuga. Tais medidas dialogam bem com discursos ideológicos da pós-modernidade e demonstram a sedimentação de uma hermenêutica que confere consistência democrática às decisões judiciais.

A afirmação de pluralidade de ideologias e a convivência harmônica entre elas é o foco principal do voto do Ministro, notadamente ao

citar a evolução histórica do instituto de família por meio de análise de textos legais e doutrinários que tratam do tema.

Cumpra notar que, ao julgar sopesando valores e princípios, não cala a voz dos conservadores, uma vez que não nega a possibilidade de manutenção do reconhecimento de união estável entre pessoas de sexos diferentes, optando apenas por conferir valores de universo aos termos legais, com vistas à concreção da dignidade de todas as pessoas humanas.

O que o discurso dos conservadores deixa de considerar é que o espaço-tempo dos avanços dos direitos humanos não admite mais o discurso monológico, impermeável, centrípeto, que se põe como o único válido e verdadeiro em detrimento dos demais pensamentos, relegados à marginalização.

Se aqui o tema é Direitos Humanos, ao reconhecer a união estável de pessoas do mesmo sexo, este signo linguístico, “união homoafetiva”, passa a ter significação social diversa e menos estigmatizante dos homossexuais. Deixa de carregar o traço semântico da exclusão social e passa a ser apenas mais uma possibilidade de constituição de família.

Como se pode depreender da breve análise dialógica que traçamos nesta conclusão – escorada nas lições de Bakhtin e de seu Círculo – temos que é tendência do discurso jurídico na pós-modernidade afastar-se de comando legais unificadores, promovendo abertura de seu discurso por meio de análises judiciais que abarcam a significação social dos termos jurídicos bem como sua interpretação escorada rigidamente em princípios constitucionais, por meio de argumentação consistente, a fim de se evitar que a aproximação do discurso jurídico dos valores de universo não se torne licença hermenêutica para a prática de arbítrios pelo julgador.

Nesse sentido, e para encerrar este artigo, cabe refletir que, se, por um lado, é inadmissível a existência de decisões judiciais que se alinhem cegamente às teorias exegéticas de interpretação da norma em pleno século XXI, sendo inevitável caminhar para longe do sistema monolítico e autorreferencial para se aproximar da problematização, a fim de conferir pluralidade ao discurso jurídico, tal ação deve ser conduzida observadas as lições de Bakhtin em seu texto “Para uma filosofia do ato: ‘válido e inserido no contexto’”, de onde advêm os conceitos de *istna* e *pravda*:

A dimensão ética de um pensamento teórico não pode ser apenas buscada no (ou deduzida do) seu conteúdo. Do conteúdo de um pensamento, podemos e devemos exigir que seja verdadeiro, mas isso não é suficiente para que ele seja ético. Porque a verdade do conteúdo de uma teoria diz respeito às leis universais e a um universo de possibilidades. E a essa forma de verdade, Bakhtin atri-

buiu a termo *istna*. Já a ética de uma teoria ou de um pensamento teórico (filosofia ou ciência) diz respeito ao *ato* de pensar essa mesma teoria. (Pensá-la enquanto seu autor ou criador e também enquanto leitor que a adota e que a ela adere). O ato de pensar é sempre singular e diz respeito a um sujeito único. Somente o *ato* de pensar pode ser ético, pois é nele que o sujeito é convocado. Enquanto abstração, o único dever da teoria é ser verdadeira, ao virar ato, isto é, ao ser pensada por alguém singular e único, vira ética. E pode, assim, completar sua verdade universal com a verdade singular a que Bakhtin chama de *pravda*. (AMORIM, 2009:22)

Se os Ministros estão preparados para atuarem com seus espíritos imbuídos de *pravda* em seu fazer *proativo* é o que precisa ser verificado na análise das decisões do Supremo Tribunal Federal e em discursos interferentes e de diversas ordens que podem comprometer a ética do ato, reflexão que guardamos para desenvolver em uma próxima oportunidade.

## REFERÊNCIAS

**BARROSO**, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática** in Revista eletrônica (SYN)THESIS, disponível em <https://www.e-publiacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>, acesso em 21.03.2019.

**BRAIT**, Beth (org.). **Bakhtin – dialogismo e polifonia**. São Paulo: Contexto, 2009

**DWORKIN**, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

**FONTANILLE**, Jacques e **ZILBERBERG**, Claude. **Tensão e significação**. São Paulo: Humanitas, 2001.

**GREIMAS**, A. J. **Semiótica e Ciências Sociais**. São Paulo: Cultrix, 1976.

**LANDOWSKI**, Eric. **A sociedade refletida**. São Paulo: Educ e Pintes, 1992.

**PERELMAN**, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

## DA ESPECIFICIDADE NORMATIVA DO DECRETO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA PROCEDIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

MAURÍCIO MARTINS REIS<sup>1</sup>  
HANDEL MARTINS DIAS<sup>2</sup>

A Justiça Constitucional deve se mostrar tão coerentemente una em conteúdo quanto à origem de que emana, ou seja, o texto da Constituição. Entendida a Justiça Constitucional nessa pesquisa como a competência interpretativa de efetuar julgamentos dotados de autoridade vinculante pela Suprema Corte de um País, a qualidade de coerência a ser exigida da jurisprudência possui uma conotação dialética ou fluída em razão da dinâmica viva de aplicação do Direito de que se revela portadora no cotidiano dos conflitos de natureza diversa por ela enfrentados. Ademais, a unidade de coerência jurisprudencial a se exigir dos trabalhos hermenêuticos da Justiça (ou jurisdição) Constitucional não coincide evidentemente com a nota de coerência a se reivindicar do direito constitucional positivo, pois, em virtude da problematização interpretativa em contencioso que a mobiliza ao julgamento final, é concretamente posterior ao campo da pacífica e resoluta incidência do texto normativo nas relações sociais.

Mesmo assim, separadas cronologicamente pela contingência existencial de uma norma jurídica ser controvertida, direta ou indire-

---

1 Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Professor do curso de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Professor do Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC). E-mail: mauriciomreis@terra.com.br.

2 Doutor em Direito Processual pela USP. Mestre em Direito Processual pela UFRGS. Coordenador da Pesquisa e Professor de Direito Processual nos cursos de Graduação, Especialização e Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Membro da Associação Mundial de Justiça Constitucional, do Colégio de Advogados Processualistas Latino-Americanos, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Brasileira de Justiça Constitucional. Diretor no Brasil do Colégio de Advogados Processualistas Latino-Americanos e Vice-Presidente da Associação Mundial de Justiça Constitucional para a América do Sul. Advogado. E-mail: handel.dias@fmp.com.br.

tamente, apenas após a sua contestação em petitório forense perante o Poder Judiciário, a legislação e a jurisdição ambicionam o mesmo rigor metodológico com vistas ao oferecimento de expectativas justas e congruentes ao cidadão e à sociedade em geral. A determinação de um critério justo e igualitário é o que demarca o genuíno mister da interpretação jurídica, em especial quando estamos diante do complexo normativo típico das disposições constitucionais: eis o núcleo orientador dessa unidade coerencial a abrigar o império de prudência no labor judicativo da Justiça Constitucional. Veremos o quanto o direito brasileiro, muito especialmente com a culminância da reforma do processo civil, tem enveredado, pelo menos no âmbito normativo, por esse caminho de justaposição recomendável entre razoabilidade (conteúdo) e segurança (forma ou função) no oferecimento de justiça.

A peculiar tarefa de interpretar o direito constitucional pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro merece ser divisada a partir de duas esferas autônomas, cujo inegável atrito nas práticas reiteradas de julgamento é incapaz de invalidar, contudo, cada singular especificidade em nuances próprias. A primeira esfera remete ao estrito juízo de contraste entre normas ordinárias e preceitos da Constituição, ao denominado controle de constitucionalidade objetivo que se exaure em definitivo com a apreciação da Suprema Corte nacional, numa sistemática complexa que se comporta invariavelmente de maneira relacional, em sintonia ou em desacordo com a Constituição. Por sua vez, a segunda esfera, tida como residual ou ampla por razões a serem ainda explicadas, aponta para a interpretação constitucional propriamente dita, quando se põem em relevo os limites e as possibilidades da projeção hermenêutica da Carta Constitucional, naquilo que fermentará, consolidando e reconstruindo-se em continuidade, o direito jurisprudencial relativo à Constituição.

A interpretação procedida pela jurisdição constitucional na fiscalização de constitucionalidade abraça nessa primeira esfera duas resultantes decisórias antagônicas com caráter máximo: o julgamento de constitucionalidade e de inconstitucionalidade do ato normativo impugnado. Na ordem constitucional em vigor no Brasil, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Nesse ambiente realça-se a objetividade de um especial julgamento (autônomo ou incidental) no qual se contrastam

dois ou mais elementos legislativos com hierarquia diversa, oportunidade em que a Justiça Constitucional se pronuncia pela via condizente de uma abstração enquanto resposta, pois o objeto da controvérsia – a lei – ostenta a inequívoca dimensão prévia da generalidade. Ou seja, o caráter abstrato da fiscalização de constitucionalidade é essencial e necessariamente proporcional à extensionalidade ampla da matéria passível de seu exame (o ato normativo). Portanto, mesmo nas ocasiões em que o Tribunal Supremo efetua tal controle a partir de um caso concreto, o juízo de (in)constitucionalidade reveste-se com idêntica amplitude.

Por isso é que o presente estudo articula a primazia técnica da análise hermenêutica do conteúdo propriamente dito exercido por tal competência de julgamento pela Justiça Constitucional, desconsiderando hábito costumeiro da dogmática jurídica tradicional – estimulado infelizmente por disposições normativas ainda vigentes – em classificar o controle de constitucionalidade pela lupa de sua iniciativa, para então distinguir, respectivamente, a maior ou menor intensidade do juízo característico do controle de constitucionalidade consoante o procedimento a ser adotado, nada obstante se tratar da mesma deliberação judicial em sede de contraste normativo. Defende-se aqui, então, o discernimento científico justificado, pelo qual o campo do controle de constitucionalidade implica específico tratamento quando a Justiça Constitucional examina o relacionamento abstrato ou objetivo entre lei e Constituição, na medida em que o escrutínio comparativo dessas espécies normativas, apesar de sua inequívoca confluência existencial ou hipotética no arcabouço prático da argumentação jurídica produzida pelo Poder Judiciário, requer uma compleição decisória minuciosa, adequada, generalista e congruente com o primado da segurança jurídica e do Estado Democrático de Direito.

A inevitável influência concreta da argumentação jurídica no espaço da jurisdição constitucional dá-se existencialmente, quando o julgamento leva em conta circunstâncias e eventos oriundos do contexto fático peculiar ao caso concreto examinado pelo Tribunal para, por ocasião daquele processo, apreciar a constitucionalidade de ato normativo nele incidente (e passível de aplicação e incidência nas demais situações semelhantes do mundo da vida), ou hipoteticamente, quando o julgamento em controle abstrato ou concentrado, apesar de não enfrentar um caso concreto propriamente dito em sede de aplicação do direito positivo, não deixa de inferir ou promover ilações hipotéticas de natureza tópico-casuística com o objetivo de se consagrar a fundamentação mais completa e adequada condizente com fundamental atribuição interpretativa na es-

cala do Estado Constitucional contemporâneo. O rigor ora reivindicado para justificar tais decisões de constitucionalidade como dotadas de autoridade para vincular (obrigatoriedade) merece ainda um importante detalhamento diante da valorização progressiva – mormente pelo produto legislativo – do direito emanado da jurisprudência.

O direito brasileiro passou a albergar, desde a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a qual passou a admitir a edição pelo Supremo Tribunal Federal de súmulas vinculantes (sumas de entendimentos jurisprudenciais de efeito vinculante *erga omnes*), conteúdos oficiais que adjudicam à competência decisória do Poder Judiciário, muito especialmente na função de Justiça Constitucional, o poder de, mais do que orientar, prescrever e determinar sentidos obrigatórios para todo o território nacional. À medida que ganha importância o direito produzido pela Suprema Corte Federal nessa feição hermenêutica de ultimar os significados conexos à Carta Magna vigente, adquire cada vez mais relevo o estudo da hermenêutica jurídica e a investigação analítica das práticas de argumentação traduzidas ao longo do tempo, ou seja, realça-se proporcionalmente com cada vez maior ênfase o tema da interpretação no Direito enquanto processo e decisão. E recai, nesse ponto, a necessidade de reinvestirmos a classificação antes proposta de diferenciar a fiscalização de constitucionalidade propriamente dita e a sistemática dos precedentes interpretativos típicos da Justiça Constitucional.

Naquela primeira esfera de abstração merece ser preservada apenas a decisão objetiva de inconstitucionalidade, porquanto o produto dessa pronúncia se encarrega de invencivelmente extirpar a norma jurídica do ordenamento positivo pelo reconhecimento da invalidade máxima acometida ao preceito questionado. Em outras palavras, somente quando a Justiça Constitucional chancela o juízo negativo de compatibilidade entre lei e Constituição é que desaparecerá por completo qualquer conteúdo ulterior capaz de ser posteriormente reinterpretado por juízes e tribunais do país. A nosso ver, é temerária a tese segundo a qual as decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal podem ser alvo de nova interpretação futura a ponto de consagrarem o efeito de “ressuscitar” uma norma jurídica tida por inconstitucional. Em se apegando ao veredicto de timbrar a própria norma jurídica com a mácula de contrária à Constituição, a decisão que declara essa incisiva afronta apenas poderá ser colocada em debate mais uma vez quando o teor normativo regressar à ordem jurídica pela via democrática do Parlamento sob uma nova redação legislativa. Daí porque se justifica a segmentação

da decisão de inconstitucionalidade normativa como remanescente do primeiro campo de fiscalização objetiva daquela pioneira sistemática apresentada no preâmbulo do texto, relegando-se à segunda esfera todas as demais decisões típicas de uma Corte Constitucional, naquilo que se convencionou chamar de direito jurisprudencial relativo à Constituição.

Então, o primeiro campo confina-se ao estrito juízo de inconstitucionalidade, com base no desvalor reconhecido ao ato normativo estatal que discrepa das normas constitucionais. Nesse caso, o vício de inconstitucionalidade representa um parâmetro normativo objetivo e puro, cujo resultado impõe a abstrata e imediata invalidade do preceito legal impugnado. O que pode ser suscitado de problemático nesse julgamento é a apreciação dos limites temporais atinentes aos efeitos de invalidação (pretérita) e de cessação (presente ou futura) manifestados pela supremacia normativa da Constituição ante a norma combatida. Vale dizer, será alvo de controvérsia o direito intertemporal, a depender em sua complexidade das modulações condicionadas pelo Supremo Tribunal Federal nos seguintes parâmetros: se a decisão de inconstitucionalidade produzirá ou não eficácia retroativa; em caso afirmativo, com intensidade parcial ou total, ou eficácia prospectiva imediata ou ainda eficácia diferida a partir de uma data futura.

O segundo campo de competência decisória da jurisdição constitucional pode ser classificado de residual ou amplo, de cunho interpretativo ou hermenêutico, quer dizer, quando as decisões da Corte efetuam condicionamentos positivos de sentido ou conformações aplicativas de significado para leis e congêneres estatais que se mostram resguardados no interior do ordenamento jurídico. Nesse caso, ao receber uma determinada interpretação, seja para validar um sentido conforme a Constituição, seja para impugnar significados discrepantes ao Texto Maior, de maneira a ser preservada a vigência e a validade de seu texto com base nesses parâmetros delineados em sua interpretação no âmbito de contextos pragmáticos específicos, o ato normativo será inexoravelmente condicionado aos argumentos despendidos pelo Tribunal. Assim, a jurisdição constitucional nessa índole hermenêutica apontará para o reconhecimento e a valorização de uma cultura argumentativa vocacionada ao direito jurisprudencial e, portanto, magnetizada pelos precedentes vinculantes por ela implementados numa dupla feição axiológica de justiça e coerência administrável no tempo histórico de suas imponentes manifestações.

Promulgado em 2015, o novo Código de Processo Civil brasileiro apenas ratificou um conjunto de transformações legislativas an-



teriores, inclusive no bojo de emendas à Constituição, responsável por institucionalizar a Justiça Constitucional como um sistema interpretativo constituído por diferentes provimentos decisórios vinculantes com especificidades hermenêuticas peculiares. O mais contundente exemplo da fórmula legislativa da jurisprudência obrigatória emanada do Supremo Tribunal Federal dá-se em face do disposto no artigo 927 do novo Código, o qual admite conjunto de distintas decisões da Corte Suprema que ostentam força vinculante perante juízes e tribunais de todo o país. Nele se ressaltam as seguintes referências de julgamento: I – as decisões em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em julgamento de recursos extraordinários repetitivos; IV – os enunciados das súmulas em matéria constitucional; e V – a orientação do plenário ao qual estiverem vinculados. A ordem verificada no preceito legal não indica, em princípio, uma ordem teórica decrescente de hierarquia interpretativa, tendo em vista que cada modalidade decisória ostenta o seu cativo lugar no conjunto complexo de decisões protagonizado pela Justiça Constitucional. Mesmo assim, entre vendo-se a possibilidade concreta de eventual discrepância entre os conteúdos de dois ou mais tipos diferenciados de decisão, não será a escala que funcionará como regra metódica abstrata apaziguadora. O conflito haverá de ser resolvido senão pela via prática da interpretação sistemática, através do concerto hermenêutico em prol da justa e coerente harmonia do direito constitucional aplicado.

Com fundamento no elenco das hipóteses do artigo 927 do Código de Processo Civil brasileiro, percebe-se que a fiscalização de constitucionalidade na modalidade de controle concentrado (inciso I) aparta-se das demais situações previstas (II a V) por conta de sua específica genética procedimental, qual seja, a apreciação em sede de instrumentos precisos manejados diretamente perante o Supremo Tribunal Federal. No entanto, como afirmado anteriormente, o relevo dogmático dispensado ao controle de constitucionalidade por argumentos de ordem exclusivamente formal não merece prosperar, a não ser que se adicionem elementos constitutivos conducentes a uma análise integralmente completa e uma que não prescindia do correspondente conteúdo decisório. Por isso, tomada a apreciação objetiva entre lei e Constituição que também acontece nos julgamentos concretos pela Suprema Corte em sede de recurso de última ordem (recurso extraordinário), deve ser considerada por igual no inciso I do artigo 927 a fiscalização de constitucionalidade procedida no controle difuso.

Reitere-se um pormenor antes ressaltado e agora mais uma vez pertinente para a compreensão dos provimentos judiciais da Justiça Constitucional expostos pela lei processual do Brasil. A única relação preferencial passível de ser realizada a partir desse acervo de decisões é aquela que faz predominar o juízo abstrato negativo de constitucionalidade (ou seja, de inconstitucionalidade) sobre os demais pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal constantes no artigo 927. Isto porque o julgamento de inconstitucionalidade de uma norma jurídica contém um comando de abstenção interpretativa para além do objeto contrastado perante a Constituição, cuja marca, por sua natureza normativa em sentido contrário ao poder de generalidade típico da lei maculada, transcende os limites internos da *ratio decidendi* de modo a interceder impetuosamente pela desconsideração hermenêutica absoluta daquele preceito no horizonte futuro da aplicação judicial. Somente no efetivo julgamento abstrato de inconstitucionalidade, quer no regime de controle concentrado, quer no regime de controle incidental, produz-se um veredicto dotado de supremacia ante qualquer outro pronunciamento posterior – do mesmo Tribunal (horizontal) ou de qualquer colegiado judiciário inferior ou juízo singular (vertical) – que intente aplicar dita norma antes recusada nessa dimensão interpretativa originária capaz de potencializar significados.

Daí porque duas explicações complementares devem ser dadas ainda ao inciso I do artigo 927 do Código de Processo Civil. O dispositivo vigora em autonomia ou especificidade apenas no tocante à decisão abstrata de inconstitucionalidade, cujo tratamento é hierarquicamente mais forte para fins de vinculação, por sua especificidade normativa, do que todas as demais decisões arroladas nos demais incisos. Além disso, essa pronúncia de nulidade da lei inconstitucional pode alcançar processos distintos do sistema concentrado de constitucionalidade, desde que conduzam a idêntico resultado material, como a fiscalização no regime difuso em que o Supremo Tribunal Federal decide, por último em grau de recurso, um caso concreto a pretexto do qual anui com o reconhecimento do vício normativo da lei aplicável à situação sob exame. Essa observação atende ao critério limítrofe referido no início do artigo quando lá se distinguira a dupla tipologia nas decisões da Justiça Constitucional: um tipo específico de decisão remonta ao próprio texto normativo contrastado perante a ordem constitucional enquanto todas as demais decisões repercutem na esfera de aplicação do Direito, pertencendo a um tipo residualmente hermenêutico e afim ao tema dos precedentes obrigatórios da jurisdição constitucional.

Noutro passo, o inciso V do artigo 927 do Código de Processo Civil prevê que juízes e tribunais observarão a orientação do plenário ou do respectivo órgão especial ao qual estiverem vinculados. Está claro que se instala, nesse dispositivo, o regime propriamente dito dos precedentes obrigatórios, vale dizer, da necessária conformação interpretativa dos pronunciamentos judiciais em torno de critérios decisórios bem fundamentados com inequívoca eficácia expansiva para o fito de consagrar a oferta tempestiva de justiça (razoabilidade) com o respeito da segurança jurídica igualitária (proporcionalidade). A Justiça Constitucional funciona aqui como a responsável por se encarregar da concretização hermenêutica de paradigmas ou parâmetros decisórios vinculantes nascidos da competência clássica de julgamentos de casos concretos, tidos por representativos ou canalizadores de potenciais repercussões em multiplicidade serial.

Nada obstante a exigibilidade legislativa no direito brasileiro de se demandar do caso concreto uma notória controvérsia capaz de ser categorizada como de repercussão geral, tem-se que a demanda pela homogeneidade de interpretações para casos semelhantes – a coerência enquanto dever-ser – é um conseqüente milenar incrustado no próprio sentido de justiça a inspirar toda e qualquer ordem jurídica positiva. É o que se poderia denominar de tutela coletiva dos direitos, entendida a coletividade pelo prisma da igualdade ou coerência na interpretação jurídica, quando se reivindica o tratamento igualitário de critérios normativos para casos concretos dispersos entre si, embora semelhantes na sua estruturação de fato e de direito. A tutela coletiva, hermenêuticamente considerada pela ótica do resultado e do processo da apreciação jurisdicional, não se confunde, pois, com a ordenação de outra ordem, com suporte na natureza subjetiva cumulável ou na ascendência comum dos direitos controvertidos em juízo (tutela dos direitos coletivos).

Por isso mesmo, a começar por todo e qualquer pronunciamento de mérito pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, preconiza-se para esses veredictos uma supremacia vertical hierarquicamente assente para os demais integrantes do Poder Judiciário, na esteira do último inciso do artigo 927 do Código de Processo Civil. Por tal razão, as demais modalidades decisórias insculpidas nesse tipo legal, a saber, aquelas previstas entre os incisos I e IV, apenas ratificam por outros meios o dever constitucional de se implementar a boa-fé na expectativa da prestação justa e isonômica de decisões emanadas da jurisdição. Por conta do princípio da boa-fé, toda a decisão de conteúdo da Suprema Corte – com a solução integral de mérito a considerar eventual satisfação do direito – in-

corporará a função interpretativa de precedente judicial. De se recordar que, excluído o pronunciamento abstrato de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, cujo termo definitivo desembocará no Poder Legislativo em caso de superação ou revogação (quando apenas um novo ato normativo importará na resistência ao decidido pela Corte), todas as demais decisões residualmente repercutem na esfera de aplicação do Direito, sendo, destarte, passíveis de diferenciações e sobrepujamentos no interior da própria atividade jurisdicional em contato incessante com o tempo histórico superveniente.

Em certa medida, a sistematização e a convivência recíproca harmonizável aqui condecorada para as mais diversas decisões da Justiça Constitucional sintonizam-se com o vetor principiológico da boa-fé insculpido no artigo 5º do novo Código de Processo Civil, o qual refere que todos os participantes do processo devem se comportar de acordo com esse postulado. Por tal motivo, se não houver por parte dos juristas o mínimo de prudência em organizar com racionalidade o conjunto complexo de competências atribuído às Cortes Constitucionais diante da inegável expansão dos modelos de Justiça Constitucional nas últimas décadas, corre-se o risco de tal engrandecimento se transformar em incontrolável hipertrofia ou gigantismo e, pior, com a convulsão da democracia transmutada para uma espécie de arbítrio vestido de toga.



# ANÁLISE DO EFEITO VINCULANTE DA DECISÃO DO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

LIA SARTI<sup>1</sup>

## 1 - INTRODUÇÃO

A proliferação de demandas judiciais é um fato observado a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que consagrou o amplo acesso à Justiça. Paralelamente a isso, esse fenômeno agravou o problema da morosidade na tramitação dos processos e da insegurança jurídica, porquanto, não raras vezes se verificou a prolação de decisões díspares para casos semelhantes, notadamente sobre questões de direito que ultrapassam, por sua relevância, os interesses particulares das partes. Tal circunstância tem sido cada vez mais objeto de estudos e tem motivado alterações na legislação, a fim de que “[...] o volume de ações judiciais envolvendo temas repetitivos não represente fator de empecilho à qualidade e ao bom fluxo da atividade jurisdicional [...]” (TESHEINER e VIAFORE, 2015, p. 173). Sem dúvida, a coerência jurisprudencial reduz a insegurança jurídica e favorece a concretização de um processo justo.

Nessa perspectiva, o Código de Processo Civil de 2015 instituiu o “Incidente de Assunção de Competência”, instituto previsto no artigo 947, visando uniformizar a jurisprudência dos tribunais, realizar o ideal de razoável duração do processo (CF, art. 5º. LXXVIII) e propiciar mais segurança jurídica aos jurisdicionados, especialmente porque a sua decisão terá efeito vinculante para todos os juízes e órgãos fracionários do respectivo tribunal, “exceto se houver revisão de tese”.

Assim, o presente estudo busca analisar, ainda que de forma sucinta, o Incidente de Assunção de Competência, notadamente o efeito vinculante da sua decisão, isto é, se essa vinculação é *inter partes* ou *erga omnes* e se vincula apenas para o bem da coletividade ou vincula independentemente do resultado.

1 Advogada-Sócia do escritório Amir Sarti Advogados Associados, especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul; especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Fundação Escola da Magistratura do Trabalho/RS; Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público, tendo como linha de pesquisa as tutelas para a efetivação dos direitos transindividuais. E-mail: liasarti@amirsarti.adv.br.

Para tanto, o artigo foi estruturado em três capítulos: no primeiro, serão abordadas as características gerais do instituto em análise, como as hipóteses de cabimento, os requisitos para sua instauração, a legitimidade ativa e a competência para o processamento e julgamento.

No segundo capítulo, tratar-se-á da importância dos precedentes judiciais, mecanismo indispensável para a estabilização da jurisprudência.

Por fim, no terceiro capítulo será examinado o efeito vinculante da decisão proferida em incidente de assunção de competência, previsto no parágrafo 3º do artigo 947, do Código de Processo Civil.

A metodologia utilizada foi, especialmente, a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, possibilitando a melhor compreensão do objeto do estudo e o desenvolvimento das ideias lançadas.

## **2 - CARACTERÍSTICAS GERAIS DO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA**

É notório, na atualidade, o crescente ajuizamento de demandas judiciais que versam sobre idêntica relevante questão de direito com grande repercussão social e que, embora mereçam o mesmo tratamento, acabam sendo objeto de decisões distintas. Isso resulta no agravamento do problema da morosidade na tramitação dos processos – porque, por exemplo, fomenta a interposição de recursos – e da insegurança jurídica, fazendo com que a estabilização da jurisprudência se torne uma necessidade do ordenamento jurídico brasileiro.

A massificação de demandas aparentemente individuais integra “[...] a mesma macrolide socioeconômica [...]. Contornos principais dos casos individuais transmigram entre os autos dos processos; argumentos expostos individualmente espraiam-se a todos os processos [...]”. Apesar disso, não raras vezes as mesmas questões de direito acabam sendo decididas, na prática, de maneiras distintas (BENETI, 2005, p. 1), com visível insegurança para o jurisdicionado, sem falar na ofensa à equidade e à isonomia.

Com o frequente ajuizamento de demandas com grande importância social tornou-se necessária a criação de mecanismos capazes de trazer “[...] maior organização judiciária e julgamentos com uniformidade” (CAMACHO, 2015, p. 127), dentre os quais se insere o incidente de assunção de competência, a fim de alcançar, entre outros, o direito constitucional da razoável duração do processo (CF, art. 5º. LXXVIII).

Com a introdução desses mecanismos que privilegiam a força dos precedentes judiciais, a lei – que durante muito tempo era entendida como a principal fonte do direito nos países da *civil law*, da qual o Brasil é adepto – passou, de certo modo, a ser relativizada:

[...] ao se tornar indisfarçável que a lei é interpretada de diversas formas, fazendo surgir distintas decisões para casos iguais, deveria ter surgido, ao menos em sede doutrinária, a lógica conclusão de que a segurança jurídica apenas pode ser garantida frisando-se a igualdade perante as decisões judiciais e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes. Afinal, a lei adquire maior significação quando sob ameaça de violação ou após ter sido violada, de forma que a decisão judicial que a interpreta não pode ficar em segundo plano ou desmerecer qualquer respeito do próprio Poder que a editou (MARINONI, 2016, p. 12-13).

Já no revogado Código de Processo Civil havia a previsão da assunção de competência, no artigo 555, § 1º e da uniformização da jurisprudência, no artigo 476 e seguintes, que tinham “[...] por objetivo evitar a desarmonia de interpretação de teses jurídicas, uniformizadas, assim, a jurisprudência interna dos tribunais [...]” (WAMBIER e TALAMINI, 2015, p. 893). No entanto, tais institutos mostraram-se limitados para os fins aos quais se propunham<sup>2</sup>, notadamente porque a assunção de competência só poderia ser suscitada em sede de recurso de apelação ou de agravo de instrumento e a decisão proferida não passava de mera orientação (RODRIGUES, 2015).

Daí a razão pela qual, na reforma da legislação processual civil, a comissão de juristas convocada para a elaboração do anteprojeto houve por bem atribuir novos contornos ao incidente de assunção de compe-

2 Segundo Sidnei Agostinho Beneti (2009, p. 3), os tribunais não aproveitaram “[...] todo o rendimento que poderia ter [...] o instituto”. José Maria Rosa Tesheiner e Daniele Viafore (2015, p. 172) observam, que “[...] Há certo tempo tem-se buscado um instrumento que seja apto a resolver os litígios massificados, com a presença constante de certos litigantes e os mesmos fundamentos. A explosão da litigiosidade levou o ordenamento jurídico a criar métodos de tratamento coletivo de questões comuns para conferir racionalidade às decisões do judiciário [...]”. Embora o incidente de assunção de competência não seja aplicável aos litígios de massa – porque, nesses casos, foi previsto o incidente de resolução de demandas repetitivas – a ideia dos dois institutos é a mesma. Até porque, na prática, o incidente de assunção de competência também servirá para inibir a repetição de demandas, pouco importando, para tanto, se são de massa ou não.



tência<sup>3</sup>, com o intuito de, efetivamente, promover a homogeneização das decisões judiciais para casos semelhantes.

Embora haja quem entenda que não seria necessária a mudança da lei processual, bastando melhorar a organização judiciária<sup>4</sup>, o legislador optou por “[...] regular um modelo de utilização de precedentes, tornar a jurisprudência dos tribunais uniforme e estável, assegurando os princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica [...]” (BARIONI, 2016, p. 1).

Na verdade, a preocupação foi no sentido de

[...] *qualificar* o procedimento de formação dos precedentes, para que apenas decisões proferidas em determinados casos constituam precedentes de observância obrigatória pelos demais órgãos do Poder Judiciário, submetidos à hierarquia do tribunal formador do precedente [...] (BARIONI, 2016, p. 2).

Assim, dá-se ao “Incidente de Assunção de Competência”, previsto no artigo 947 e parágrafos do novo Código de Processo Civil uma nova roupagem, alargando a abrangência do instituto, estabelecendo expressamente sua afetação e vinculação<sup>5</sup>, ampliando o rol dos legiti-

3 Isso porque o incidente de assunção de competência não chega a ser uma novidade do Código de Processo Civil de 2015. Como dito, a revogada legislação já continha previsão do instituto no seu artigo 555, § 1º. Daí porque, a doutrina comenta que, na verdade, o instituto atual seria a reunião do incidente de uniformização da jurisprudência (CPC/73, art. 476 e seguintes) com a referida assunção de competência (RODRIGUES, 2015, p. 17-18).

4 Nesse sentido é o entendimento de Sidnei Agostinho Beneti (2005, p. 792-793), para quem “[...] a) o incremento do papel ativo dos órgãos distribuidores de segundo grau, como órgãos de primeiro contato do recurso, os quais podem vir a desempenhar, no futuro, a competência funcional de filtro, para o descarte de casos cuja inviabilidade se apresente *icto oculi*; inclusive no caso de pacificidade jurisdicional da tese suscitada (o que nada tem que ver com a controvertida súmula vinculante); b) a redivisão da competência entre Câmaras dos Tribunais, de modo a especializarem-se e a evitar a concorrência de julgamento de questões idênticas, fator de relevo, também, na dispersão jurisprudencial – redivisão especializada que é o caminho já experimentado com sucesso em numerosas jurisdições recursais estrangeiras; c) alteração da forma de sumulação de julgamentos, de modo a ensejar a padronização da publicação de precedentes.

5 Nos dizeres da doutrina, [...] Afetação, pois a tese identificada como relevante pelo relator será apreciada por órgão colegiado soberano e competente consoante o Regimento Interno do tribunal e vinculação, porque, em regra, a decisão colegiada vinculará os juízes e órgãos fracionários do respectivo tribunal em decisões futuras. Identificando, o relator (ou as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública), que determinado processo envolve relevante questão de direito com grande reper-

mados ativos, criando requisitos mais robustos e alargando os meios para suscitar o incidente.

O Incidente de Assunção de Competência, na forma como está posto, tem suas raízes no artigo 14, inciso II, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça<sup>6</sup> (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015). Vinícius Silva Lemos (2015, p. 110) acrescenta que ideia semelhante pode ser encontrada no artigo 22, parágrafo único, alíneas ‘a’ e ‘b’, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que manda remeter o processo ao Plenário quando a matéria for objeto de divergência entre as Turmas ou entre as Turmas e o Plenário, bem como quando convier o seu pronunciamento para prevenir divergências internas e ainda quando houver relevante questão de direito a ser decidida.

Independentemente de ser mesmo – ou não – uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro,

[...] A ideia é evitar ou compor divergência entre os órgãos fracionários do tribunal – função essa, aliás, semelhante à que se pretendia desenvolvida pelo antigo incidente de uniformização de jurisprudência, que não existe mais no sistema atual –, de forma a tornar unívoca a aplicação do direito no âmbito da corte (art. 947, § 4º) ou ainda simplesmente atribuir a um órgão representativo da opinião do tribunal ou julgamento de alguma questão de direito que possua grande repercussão social (art. 947, *caput*). Mais do que isso, seu propósito é oferecer decisão que se imponha também a todos os juízes sujeitos à competência do tribunal, gerando jurisprudência capaz de orientá-los a respeito da posição do tribunal a respeito da interpretação do direito (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 560).

Diferentemente da previsão contida no artigo 555, § 1º do revogado Código de Processo Civil, nos moldes de hoje, o incidente de assunção de competência poderá ser instaurado em sede de qualquer recurso – incluindo recurso especial e recurso extraordinário, não estando mais limitado aos recursos de agravo de instrumento e de apelação como era antes – além do reexame necessário ou ação de competência originária do tribunal (CPC, art. 947, *Caput*). Isto significa, não só que é possível o

---

cussão social, poderá ter início o incidente [...] (CÔRTEZ, 2015, p. 211-212).

6 Diz o artigo 14, inciso II, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça: “As Turmas remeterão os feitos de sua competência à Seção de que são integrantes: II – quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção” (BRASIL, STJ, 2016, p. 30).

seu manejo em qualquer tribunal, seja de segundo grau, seja de tribunais superiores, mas também significa a possibilidade de “[...] questões relevantes em processos nos tribunais que não têm características recursais também serem pacificadas por um órgão colegiado maior, seja de forma preventiva ou para compor divergência [...]” (LEMOS, 2015, p. 109-110).

Além disso, o legislador ampliou o rol de legitimados ativos para suscitar a instauração do incidente de assunção de competência. Antes, a legitimidade ativa era restrita ao relator; agora, poderá ser proposto, além do relator, por qualquer das partes, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública (CPC, art. 947, § 1º). Essa ampliação parece promover uma maior realização prática do instituto, na medida em que não está unicamente nas mãos do relator a sua suscitação. Quando provocado por qualquer um dos legitimados ativos, o relator terá a obrigação de apreciar o pedido e de levar a decisão de instauração ou não do incidente para o colegiado.

Ainda, o “novo” incidente de assunção de competência estabeleceu três hipóteses de cabimento: a existência de relevante questão de direito com grande repercussão social (*Caput* do artigo 947), a prevenção e a composição de divergência jurisprudencial (§ 4º, do artigo 947).

No Código de 1973 (art. 555, § 1º), bastava a existência de uma “relevante questão de direito”, pouco importando se possuía grande repercussão social (WAMBIER e TALAMINI, 2015). Agora, a controvérsia deve versar necessariamente sobre a “[...] aplicação (ou interpretação) de certa norma jurídica ou de instituto jurídico [...]” e, além disso, é indispensável o requisito da relevância da questão, com grande repercussão social (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 561).

A relevante questão de direito é aquela diferenciada, qualificada, que não aparece em grande escala nos tribunais, que não é importante apenas para o caso *sub judice*, mas também para a sociedade como um todo<sup>7</sup>; é a questão capaz de provocar “[...] mudanças de rumo em políticas públicas, aumento de preços, que pode afetar grupo de pessoas, consumidores, empresas, etc.” (CÔRTEZ, 2015, p. 2112).

Para evitar a subjetividade na identificação do que vem a ser a relevante questão de direito o legislador atribuiu a qualidade da grande repercussão social, ou seja, a questão será relevante quando tiver grande

---

7 Marinoni (2016a, p. 1) esclarece que “[...] se trata antes de tudo de questão de direito com impacto relevante na vida social e não simplesmente de questão com impacto na sociedade, inclusive na dimensão jurídica. [...] É preciso que a resolução afete diretamente e com relevante impacto tais aspectos da vida social para que possa ser considerada de “grande repercussão social” (grifo do autor).

repercussão social<sup>8</sup>. Na verdade,

Há uma simbiose entre a relevância da questão do direito e a grande repercussão social, requisitos, de certa forma, interligados e dependentes. Para uma grande repercussão social não necessita somente a multiplicidade, porém de um impacto na sociedade, uma repercussão sobre aquele assunto (LEMOS, 2015, p. 2112).

O legislador não estabeleceu os critérios definidores de uma questão com grande repercussão social, pelo que a sua caracterização também poderia incorrer em subjetividade. Assim, para evitar essa situação, a doutrina observa que devem ser utilizados os mesmos requisitos da grande repercussão social do recurso extraordinário, isto é, a questão deve transcender os limites subjetivos da causa e ter relevância econômica, social, política e jurídica (BARIONI, 2016).

Além disso, caberá a instauração do Incidente de Assunção de Competência tanto para prevenir eventual e possível divergência de entendimentos quanto para compor desacordos já existentes entre as câmaras ou turmas dos tribunais<sup>9</sup>. Trata-se de divergência interna dos tribunais, não sendo possível a instauração do incidente para resolver ou prevenir interpretações distintas entre tribunais.

Essas duas hipóteses de cabimento estão intimamente relacionadas com um dos objetivos do instituto, se não o principal, que é propiciar segu-

8 Significa que “[...] somente será relevante a questão jurídica quando houver interesse público em sua resolução e quando se tratar de questão de ampla repercussão social [...] por exemplo, quando houver séria discussão (doutrinária ou jurisprudencial) a respeito da interpretação de certa regra, quando for ampla a repercussão social da decisão sobre a questão jurídica ou quando a adequada solução da questão de direito puder mostrar-se significativa para fomentar o debate para a promoção da unidade e da estabilidade do sistema jurídico, estará presente a *relevante* questão de direito, a autorizar a aplicação do instituto em exame. Por outro lado, se o tema já é pacificado (especialmente pelo STF ou pelo STJ), não haverá razão para reconhecer-se o interesse público ou a repercussão social, nem estará autorizado o deslocamento da competência (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 561).

9 Vinicius Silva Lemos (2015, p. 110) argumenta que “[...] Atuar de forma preventiva, julgando de antemão num órgão maior, auxilia na busca por uma pacificação de jurisprudência, resolvendo uma questão, com uma discussão maior para este caso definido pela assunção de competência, sem a necessidade de cada turma ou órgão fracionário menor julgar diversos processos para firmar entendimento e, posteriormente, verificar divergências. A solução vem de maneira antecipada, com uma discussão maior no início da verificação de divergência, por vezes, até impedindo uma multiplicidade de demandas ou, se vier a acontecer, o tribunal tem posicionamento pacificado para utilizar”.

rança jurídica. Dessa forma, será possível conhecer a posição do tribunal sobre determinada matéria de direito “[...] sempre que puder ocorrer dúvida séria, demonstrada pela provável ou concreta disparidade na interpretação [...]” (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 561).

Por certo, a questão divergente ou passível de divergência deve ser atual, “[...] não podendo basear-se em situações pretéritas, já superadas [...]” (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 561).

Importa referir também que o critério da relevância da questão de direito deve ser respeitado em qualquer das três hipóteses de cabimento do incidente de assunção de competência e pode residir tanto no direito material quanto no direito processual<sup>10</sup>, ou seja,

[...] não há restrição de matéria. Qualquer questão de direito que seja relevante, independentemente do tema, pode ensejar a instauração do incidente de assunção de competência, transferindo o julgamento para um órgão de maior composição que, ao julgar o caso, irá firmar precedente obrigatório [...] (CUNHA; DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 174).

É preciso se atentar para o requisito negativo da não “repetição em múltiplos processos” disposto na parte final do *caput* do artigo 947 do atual Código de Processo Civil.

Não significa que exista um número de ações predeterminante para a instauração da assunção de competência, de modo que, “[...] ainda que haja 100, 200 ou 500 processos sobre a mesma questão de direito, pode-se utilizar a assunção de competência para a formação do precedente [...]”. O veto à multiplicidade de demandas também não quer dizer que “[...] a questão seja única e que jamais tende a repetir-se [...]”, até porque, se assim fosse, faltaria o requisito do interesse público e da grande repercussão social para sua análise (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 562).

Portanto, o principal objetivo da vedação da multiplicidade de processos foi diferenciar o cabimento do instituto em análise do cabimento do incidente de resolução de demandas repetitivas – esse sim, a grande novidade da legislação processual civil atual –, previsto nos artigos 976 a 987 do Código.

10 O Enunciado nº 327 do Fórum Permanente de Processualistas Civis proclama que “[...] Os precedentes vinculantes podem ter por objeto questão de direito material ou processual”. Reforça esse entendimento – por aplicação analógica – o disposto no Enunciado nº 88 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que sustenta inexistir limitação de matéria para instaurar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

A competência para o processamento e julgamento do incidente de assunção de competência será do Órgão Colegiado soberano que o Regimento Interno de cada Tribunal irá indicar. Esse Colegiado será competente para julgar não só o incidente em si, mas também, o recurso, a remessa necessária ou a ação de competência originária no todo (CPC, art. 947, § 2º). Ou seja, haverá o deslocamento da competência para esse órgão soberano.

Por fim, em linhas gerais, porque o assunto será melhor analisado no terceiro capítulo, o “novo” incidente de assunção de competência traz a vinculação da sua decisão para todos os juízes e órgãos fracionários ligados ao respectivo tribunal (CPC, art. 947, § 3º). Essa é mais uma diferença em relação ao revogado artigo 555, § 1º, pois lá, como dito, a decisão servia apenas como mera orientação e, certamente por isso, o instituto não trouxe os resultados desejados.

### 3 - A IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

É notório que o grande problema da atualidade do sistema processual brasileiro vem sendo a proliferação das demandas judiciais, muitas vezes versando sobre questões muito semelhantes e que embora deversem ter a mesma solução acabam sofrendo decisões díspares, o que prejudica a celeridade processual, a razoável duração do processo e a segurança jurídica. Isso é perceptível, inclusive, no âmbito dos tribunais superiores – STF e STJ – que seriam os órgãos judiciários verdadeiramente responsáveis por trazer unidade às decisões judiciais.

É sabido também que, ao longo do tempo, foram sendo criados mecanismos na tentativa de amenizar esse problema e buscar a coerência e o equilíbrio da jurisprudência como, por exemplo, a uniformização de jurisprudência, os recursos especial e extraordinário repetitivos, ambos já presentes na vigência do revogado Código de Processo Civil, entre outros. Como explica Gustavo Nogueira (2015, p. 2), “Já algum tempo a doutrina vem chamando a atenção para a necessidade da estabilização da jurisprudência dos tribunais brasileiros, tendo em vista que ‘ninguém fica seguro do seu direito ante jurisprudência incerta’ [...]”.

Com efeito, não se pode ignorar que nos países da *civil law* a jurisprudência não tem (ou não tinha, até a reforma da legislação processual civil) a dimensão e a importância que lhes é dada nos regimes da *common law*, pois é inerente ao sistema (*civil law*) a imperatividade da lei. Aqui, cada juiz dá a sua interpretação pessoal à lei e, inevitavelmente,

surgem as decisões distintas para casos semelhantes, o que acaba fragilizando o sistema de justiça. Mesmo assim, ao longo do tempo persistiu o entendimento de que a “[...] lei é suficiente para garantir a segurança jurídica [...]” (MARINONI, 2015, p. 12)<sup>11</sup>.

Acontece que na atualidade, não há mais espaço para o “confinamento” do sistema da *civil law*, pois, “[...] A cada dia assistimos o reforço da importância dos julgamentos do Tribunais, especialmente os superiores, na fundamentação das decisões proferidas [...]” (THEODORO JÚNIOR, NUNES e BAHIA, 2010, p. 31).

Sem dúvida,

A segurança jurídica, romanticamente desejada na tradição do *civil law* pela estrita aplicação da lei, não mais pode dispensar o sistema de precedentes, há muito estabelecido no *common law*, onde a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca deixou de ser percebida e, por isso, fez surgir o princípio de que casos similares devem ser tratados do mesmo modo (MARINONI, 2016a, p. 13).

A lei é uma regra geral e abstrata e, bem por isso, não consegue prever todas as situações que poderão ocorrer no mundo dos fatos. Isso torna indispensável a sua interpretação para aplicar ao caso concreto, o que culmina, conseqüentemente, na prolação de decisões divergentes tão reclamadas no sistema atual e na indevida compreensão de que “[...] qualquer caso pode ser decidido de qualquer forma. Esta noção, bastante equivocada, viola o Estado de Direito que se diz Democrático, pois despreza o valor fundamental da igualdade” (PUGLIESE, 2016, p. 17).

---

11 Nesse ponto, Fernando Rister de Sousa Lima e Rodrigo Carrijo Mendes Carbone (2010, p. 102) assinalam que “Os tribunais utilizam-se, rotineiramente, da estrada desenvolvida pela dogmática para aplicar o direito positivo a casos práticos. As lides [...] são resolvidas, ainda na maioria das vezes, pelos juízes. Eles são os grandes utilizadores do mapa-dogmático; ocorre, ademais disso, que, muitas vezes, tais pronunciamentos decisórios afetam a própria construção da dogmática, porque as decisões em um processo natural, incidental questionam a forma de se decidir, por conseguinte, buscam reescrever a dogmática. Assim, a forma de interpretar o ordenamento jurídico acaba sendo influenciada pelos valores sociais, cujo duelo com os axiomas pessoais do Magistrado é inevitável. As partes parciais levam tais princípios, por meio de seus arrazoados, à relação processual, os quais somados à carga psíquico-social do julgador materializam na decisão jurisdicional a dogmática. Como se encontra em obra imortal da doutrina processualística, é inevitável que o tempo e a pressão social afetem a consciência jurisprudencial, quer dizer, a interpretação de um dispositivo legal tem grande chance de ser um dia alterada. Aliás, a mutabilidade social é inerente à vida em sociedade”.

Não se tolera mais aquilo que a realidade brasileira revelou: a “jurisprudência lotérica”. Como dito, não raras vezes, a mesma questão de direito é decidida de maneiras distintas e os jurisdicionados contam com a “sorte” para ver o seu caso encaminhado a um juiz que tenha entendimento favorável<sup>12</sup> (CAMBI, 2001).

Nesse contexto, veio a reforma do Código de Processo Civil, com o forte ideal de valorização dos precedentes judiciais, ideia retirada, por assim dizer, do sistema da *common law* em que, com naturalidade, prepondera o direito dos costumes, conferindo às decisões judiciais significativa importância como paradigmas para as decisões futuras.

A própria exposição de motivos do Código diz expressamente que

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. [...] um dos métodos de trabalho da Comissão foi o de resolver problemas, sobre cuja existência há praticamente unanimidade na comunidade jurídica.

[...]

O Novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo.

[...]

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um Novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para

12 Como assinala Eduardo Cambi (2001, p. 1-2), “Nosso sistema processual permite que, para casos idênticos, sejam obtidas decisões diferentes, contemplando, inclusive, a situação por vezes absurda (Kafkiana) de chegar-se ao ponto de, transitada em julgado a decisão, não se admitir a ação rescisória, por violação literal de disposição de lei [...], quando a matéria é divergente nos Tribunais [...]. Ora, quando uma mesma regra ou princípio é interpretado de maneira diversa por Juízes ou Tribunais em casos iguais, isso gera *insegurança jurídica*, pois, para o mesmo problema, uns obtêm e outros deixam de obter a tutela jurisdicional. Desse modo, tendo um órgão jurisdicional julgado de um jeito e outro de outro, instaura-se uma atmosfera de *incerteza*, com a consequência de retirar a credibilidade social da administração da justiça. Portanto, se é necessário assegurar aos juizes liberdade para interpretar o Direito, essa liberdade não pode ser absoluta, porque dá margem à existência do fenômeno da *jurisprudência lotérica*, o qual compromete a legitimidade do exercício do poder jurisdicional pelo Estado-Juiz.



que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistema, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão (BRASIL, 2015, p. 307-309).

Se por um lado, o respeito aos precedentes pode parecer “[...] altamente nocivo ao sistema de distribuição de justiça, à afirmação do Poder e à estabilidade do direito no Brasil” (MARINONI, 2016a, p. 12), por outro, pode-se dizer que a nova legislação processual civil promoveu um grande avanço para o ordenamento jurídico brasileiro que, pautado principalmente pelo sistema da *civil law*, esteve ao longo do tempo baseado substancialmente

[...] em dogmas, próprios à Revolução Francesa, que negam postulados que paulatinamente foram sendo estabelecidos durante a transformação da realidade social e do conteúdo dos Estados de países que se formaram a partir da doutrina da separação estrita entre os poderes e da mera declaração judicial da lei [...] (MARINONI, 2016a, p. 11).

Nessa esteira, o artigo 926 do novo Código de Processo Civil estabelece textualmente o dever dos tribunais de uniformizar a sua jurisprudência, mantendo-a “estável, íntegra e coerente” e o artigo 927 prescreve que os juízes e os tribunais devem observar a jurisprudência, os enunciados de súmulas e os precedentes, tanto internamente, numa vinculação horizontal, quanto hierarquicamente, numa vinculação vertical. Ou seja, não só o órgão hierarquicamente inferior deve respeito ao precedente, mas também os órgãos fracionários que compõem o mesmo tribunal prolator da decisão.

Vale comentar que o precedente judicial é formado “[...] quando a questão de direito é objeto de adequada deliberação e a maioria do colegiado compartilha do mesmo fundamento para resolvê-la [...]” (MARINONI, 2016, p. 289). Assim, havendo no futuro um caso semelhante, cujas razões de decidir do precedente paradigma possa ser enquadrada ao caso em julgamento, ainda que haja alguns contornos fáticos distintos, – porque é certo que os casos possuem suas particularidades e dificilmente se repetem integralmente – a regra, agora, será aplicar a decisão proferida no caso paradigma. Isto porque, sendo possível

[...] ver com clareza que fatos similares devem ser enquadrados em uma mesma categoria, [...] não somente merecem, mas na verdade exigem, uma mesma solução para que violado não seja o princípio da igualdade, mais claramente o princípio de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma.

As razões para o encontro da solução do caso são imprescindíveis para a compreensão racional do precedente. O método fático importa como auxiliar, capaz de propiciar a racionalização do enquadramento do caso sob julgamento (*instant case*) no caso tratado no precedente (*precedente case*), e isso apenas quando há dúvida sobre a inserção fática dentro da moldura do precedente. [...] a distinção entre situações concretas apenas tem razão de ser quando representam hipóteses que, numa perspectiva valorativa e jurídica, efetivamente reclamam tratamento diferenciado (MARINONI, 2015, p. 5).

A tendência, portanto, é que, cada vez mais, o jurisdicionado conheça a posição de cada tribunal sobre determinado tema e que não vivencie mais aquela situação de ver o seu caso julgado de maneira diferente.

Não há escapatória, senão o respeito aos precedentes. E assim, casos idênticos devem receber tratamento uniforme, por todos os órgãos da jurisdição, evitando-se que diretriz jurisprudencial seja “[...] alterada de forma injustificada e repentina, sob pena de inexorável comprometimento da isonomia, da previsibilidade e da segurança jurídica” (CIMARDI, 2015, p. 208).

A nova legislação processual civil, com foco na uniformização da jurisprudência e, principalmente, na valorização dos precedentes judiciais, além de criar um inovador mecanismo – o incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC, arts. 976 a 987) – deu nova roupagem aos recursos especial e extraordinário repetitivos (CPC, arts. 1.036 a 1.041) e aprimorou significativamente o incidente de assunção de competência (CPC, art. 947), atribuindo ao instituto a força que sempre mereceu, notadamente por estabelecer de forma categórica a eficácia vinculante da sua decisão.

Esse atributo – vinculatividade da decisão – associado ao fato de que o instituto reúne todos os requisitos indispensáveis para a formação do precedente, notadamente a fundamentação exaustiva e robusta para a sua admissibilidade ou não) e para o seu acolhimento (ou não), faz do incidente de assunção de competência um autêntico precedente judicial<sup>13</sup>, de aplica-

13 Há quem sustente que o acórdão proferido em incidente de assunção de competência se caracterizaria como “jurisprudência vinculante”, não só pela forma, mas também por ser oriundo dos tribunais de segundo grau. O “precedente vinculante” seria originário das decisões proferidas pelos tribunais superiores (MARINONI; MITIDIERO, 2016a, p. 70). Porém, como sustentado por mim, em outro trabalho, “[...] a assunção de compe-

ção obrigatória, sob pena de reclamação ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 985, § 1º, do Código de Processo Civil, por analogia<sup>14</sup>.

Em suma, a obediência aos precedentes é, no sistema processual atual, uma das melhores maneiras de inibir a dispersão jurisprudencial, criando condições para diminuir a sobrecarga do Poder Judiciário e, conseqüentemente, conferir maior qualidade aos julgamentos.

#### **4 - O EFEITO VINCULANTE DA DECISÃO DO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA**

O parágrafo 3º do artigo 947 do atual Código de Processo Civil estabelece expressamente que o acórdão no incidente de assunção de competência vincula todos os juízes e órgãos fracionários atrelados ao tribunal prolator, aplicando-se o disposto no artigo 985, incisos I e II e parágrafo 1º do mesmo diploma legal.

---

tência também é cabível no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o que, segundo a lógica dos doutrinadores, poderia configurar um “precedente vinculante” porque emanado das “Cortes de Precedentes”. Daí a razão pela qual – na opinião Lenio Streck, como visto em tópico anterior – não tem cabimento caracterizar um instituto apenas em função do órgão de que for proveniente. [...] Não se nega que as decisões dos tribunais superiores devam ser vinculantes, até porque a sua função é justamente nortear a atividade judicial. E, como referido, não teria sentido deixar de seguir as orientações do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça – embora, na prática, isso aconteça com frequência, até mesmo no âmbito dos próprios tribunais superiores. Contudo, não parece correto dizer que somente os tribunais superiores formariam precedentes vinculantes, restando aos tribunais ordinários construir jurisprudência, ainda que, de acordo com os doutrinadores citados, ambos os institutos possam ser dotados de eficácia vinculante. Como visto, jurisprudência não se confunde com precedente: aquela decorre da reiteração de julgados e independe da análise aprofundada de todos os casos; esse só adquire tal característica quando o caso sucessivo corresponder à situação do caso pretérito. E, para que isso aconteça, não há como evitar a comparação dos casos e a análise da fundamentação exposta no paradigma” (SAR-TI, 2019, p. 56-58). Ou seja, em se tratando do incidente de assunção de competência, pouco importa o tribunal que proferiu o acórdão – se tribunais de segundo grau ou se tribunais superiores –, pois o instituto visa primordialmente propiciar a unicidade, a coerência, a equidade e a estabilidade da jurisprudência. O que irá modificar em relação ao tribunal será tão somente a extensão do efeito vinculante do acórdão.

- 14 Esse artigo refere-se ao incidente de resolução de demandas repetitivas. Porém, como o legislador foi extremamente econômico na normatização do incidente de assunção de competência, em caso de omissão deve-se aplicar, analogicamente, as regras atinentes àquele incidente que, na essência, possui os mesmos objetivos do instituto em análise.

A lei, ainda, como dito, confere aos juízes e tribunais a obrigação de manter a sua jurisprudência “estável, íntegra e coerente” (CPC, art. 926) e de garantir a observância de acórdão proferido em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, sendo autorizada a reclamação (CPC, art. 927, III e 986, IV).

Como se vê, a reforma da lei processual civil trouxe fortemente o prestígio ao “microsistema de precedentes obrigatórios” (CÔRTEES, 2016, p. 2351), objetivando claramente a segurança jurídica e a celeridade na prestação da atividade jurisdicional. Ou seja,

[...] o atual CPC tem uma linha mestra: mudar a antiga concepção subjetiva de julgamentos caso a caso e substituí-la, por racionalidade e segurança, por julgamentos de teses pelos Tribunais, evitando o acúmulo desnecessário de processos e o desrespeito às decisões pacificadas no âmbito das Cortes (CÔRTEES, 2017, p. 547).

Com efeito, a eficácia vinculante do acórdão proferido em incidente de assunção de competência justifica-se pela própria essência do instituto que também foi criado para orientar a atividade judicante, sem impedir, por certo, o exame de cada caso concreto, pois, como visto, será preciso analisar profundamente se o caso pretérito deve ser aplicado ao caso *sub judice*.

Diz também o parágrafo 3º do artigo 947 que a vinculação do acórdão alcança tanto os órgãos fracionários quanto os juízes de primeiro grau subordinados ao tribunal, isto é, estabelece a referida vinculação vertical e horizontal<sup>15</sup>. Isso significa que, por exemplo, se o incidente for processado e julgado em sede de tribunais superiores, os órgãos judiciários e os jurisdicionados do País inteiro estarão submetidos àquela decisão<sup>16</sup>.

Vale lembrar que um precedente vinculante produz essa eficá-

15 Nas palavras de Michele Taruffo (2007, p. 178), “[...] Si parla, tuttavia, anche di precedente orizzontale, per indicare la forza persuasiva che un precedente può avere rispetto agli organi giudiziari che appartengono allo stesso livello di quello che ha pronunciato la prima decisione. Il precedente orizzontale può certo avere qualche forza persuasiva, Che pero tende ad essere inferiore di quello del precedente verticale, sai perché non può trattarsi della corte suprema Che è unica, sai perché tra organi dello stesso livello non vi è – almeno *a priori* – alcuna differenza di autorità”.

16 Da mesma forma, se o acórdão vier dos tribunais regionais federais os órgãos fracionários e juízes abrangidos naquela respectiva região serão atingidos pela eficácia vinculante, isto é, se, por exemplo, originário do Tribunal Federal Regional da 4ª Região, o próprio TRF4 e os juízes do Paraná, de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul, deverão obediência ao acórdão. Se oriundo dos tribunais de estado, então, somente os órgãos fracionários e juízes do respectivo Estado estarão vinculados.

cia tanto pela sua fundamentação quanto pela parte dispositiva. Assim, os limites objetivos da eficácia vinculante do acórdão em incidente de assunção de competência não estão limitados à parte dispositiva do acórdão, incluindo também a sua fundamentação. Essa, mais uma razão para que, no julgamento do incidente, haja uma fundamentação robusta, exaustiva e coerente<sup>17</sup>.

A questão que se coloca é: o efeito vinculante do acórdão atinge somente as partes litigantes do processo principal (*inter partes*) ou extrapola os limites subjetivos da lide (*erga omnes*) e, em extrapolando, incide para os terceiros apenas quando a decisão lhes for benéfica, a exemplo do que, em regra, acontece nas ações coletivas em relação à coisa julgada ou independe do resultado.

Embora o legislador não tenha dito claramente, simples leitura do dispositivo legal (art. 947, § 3º) permite concluir que o acórdão proferido em incidente de assunção de competência tem indiscutível efeito *erga omnes* e não *inter partes*, na medida em que “vinculará todos os juízes e órgãos fracionários”. Ainda, por aplicação analógica do artigo 985, incisos I e II, a tese fixada no incidente será aplicável a todos os casos individuais ou coletivos, presentes e futuros. E nem poderia ser diferente, tendo em vista o objetivo precípuo do instituto de promover a unidade e a estabilidade das decisões judiciais. O efeito *erga omnes* é, assim, inerente à própria essência do instituto.

É importante destacar que essa eficácia *erga omnes* não se confunde, em princípio<sup>18</sup>, com a coisa julgada *erga omnes* – diferentemente do que a doutrina sustenta ocorrer no incidente de resolução de

17 Como disse em outra oportunidade, “[...] Só por meio da fundamentação, ou seja, da *ratio*, será possível identificar a semelhança dos casos que comportam a mesma solução jurídica. Relembre-se, todavia, que apenas os motivos determinantes da fundamentação serão vinculativos. Eventuais *obiter dicta* (parte das razões de decidir que não se mostram significativas nem relevantes para o deslinde da causa) não produzem qualquer efeito” (SARTI, Lia, 2019, p. 120).

18 Diz-se “em princípio” porque para a autora ainda se trata de uma questão nebulosa, que precisa se melhor e mais detidamente analisada. Todavia, não há espaço nem sentido essa discussão no presente trabalho, na medida em que o foco, por ora, é verificar se o efeito vinculante aplica-se para todos ou apenas para as partes do processo e se incide independentemente do resultado. De todo modo, é preciso deixar bem claro que o posicionamento da doutrina majoritária, dentre eles, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2016, p. 248-249), é no sentido de que o acórdão do incidente de assunção de competência não faz coisa julgada *erga omnes* e, sim, *inter partes*. E a justificativa para tanto, em apertada síntese, é porque no incidente de assunção de competência também haverá julgamento de mérito.

demandas repetitivas<sup>19</sup>.

A eficácia vinculante do incidente de assunção de competência pode ser explicada pela “qualidade” da questão de direito, que deve ser relevante e ter grande repercussão social. Na assunção de competência, não se decide diretamente sobre o bem da vida, razão pela qual não haveria necessidade da coisa julgada *erga omnes* (MARINONI, 2016b, p. 8).

Outro motivo pelo qual a doutrina sustenta que o acórdão do incidente de assunção de competência não forma coisa julgada *erga omnes* seria o fato de estar inserido no rol dos institutos jurídicos destinados a dar sentido ao direito; o acórdão proferido interessa à sociedade em geral e não apenas às partes litigantes (MARINONI, 2016b, p. 9).

Em suma, para a doutrina parece haver duas razões principais para não reconhecer a coisa julgada *erga omnes* na decisão do incidente

---

19 A explicação disso seria porque quando o artigo 985, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015, estabelece que o acórdão será aplicado a todos os processos pendentes e futuros, está na verdade, impedindo o jurisdicionado de rediscutir questão já decidida, circunstância que se mostraria indispensável para que seja possível resolver um grande número de casos a um só tempo. Sendo assim, grande parte dos juristas afirma, embora com críticas, que a decisão gera coisa julgada *erga omnes* sobre a questão repetida em múltiplos processos, independentemente do seu resultado final. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2016a, p. 28-29) assim comentam: “[...] A decisão do incidente aplica-se em todos os processos pendentes que versem sobre idêntica questão de direito (art. 985, I, do CPC/2015); vale dizer, impede que os litigantes destes processos voltem a discutir a questão resolvida. De modo que a única dificuldade está em esclarecer o que significa proibir ou rediscutir questão já decidida. Como é possível chamar a decisão que, ditada no processo de um para os casos de muitos, impede-os de relitigar a questão resolvida, submetendo-os? Perceba-se que a decisão tomada no referido incidente constitui **nítida proibição de relitigar a questão já decidida**, que nos casos de decisão negativa àqueles que não puderam participar e discutir, **assemelha-se a um inusitado e ilegítimo *collateral estoppel***. Assim, na hipótese de decisão tomada em incidente de resolução de demandas repetitivas, há, embora não dito, coisa julgada sobre a questão presente nos vários casos repetitivos. A coisa julgada está a tornar indiscutível uma questão imprescindível para se chegar ao alcance da resolução dos vários casos pendentes”. Ainda segundo eles, “[...] o incidente de resolução, se bem visto –, é uma técnica processual absolutamente atrelada à coisa julgada em benefício de terceiros. Veja-se que tanto aquele que pode ser beneficiado pela coisa julgada, quanto aquele que pode ser excessivamente exposto à necessidade de se defender para não ser prejudicado por decisão que possa produzir a coisa julgada em benefício de todos os seus adversários, pode requerer a instauração do incidente: i) para que a questão de todos seja discutida em processo conduzido por representante adequado que efetiva e, vigorosamente, defenda os direitos e ii) para que a questão de direito não venha a ser discutida e decidida, inúmeras vezes, sempre com a possibilidade de produzir coisa julgada em benefício de terceiros. De modo que o incidente tem importância para evitar que a coisa julgada, em benefício de terceiros, possa gerar abusos”. (grifos nosso)

de assunção de competência: a primeira, porque o instituto visa trazer unidade ao direito; a segunda, porque o acórdão julga o mérito do recurso, do reexame necessário ou da ação de competência originária.

Assim, o entendimento predominante é o de que na assunção de competência haverá, como dito, eficácia vinculante *erga omnes* e coisa julgada *inter partes*, porquanto

[...] A razão destas decisões é simplesmente esclarecer a questão de direito para efeitos das demandas próprias à circunscrição do tribunal. O precedente que define o sentido do direito, emitido pelas Cortes Supremas, orienta a vida em sociedade e regula casos futuros. Não é pensado para casos dotados de questões idênticas que estão para ser resolvidos ou ainda podem ser apresentados para julgamento.

Por isso mesmo, a eficácia das decisões do incidente de assunção e do incidente de resolução, assim como dos precedentes das Cortes Supremas, são distintas e peculiares (MARINONI e MITIDIERO, 2016, p. 263-264).

Pode-se entender que o acórdão que julga o incidente de assunção de competência é dividido em duas partes: uma que decide o incidente em si e a outra que resolve o mérito da causa. Portanto, é claro que apenas a parte que julga o incidente em si tem eficácia vinculante *erga omnes* e, nessa parte, não há falar em coisa julgada.

Essa eficácia vinculante *erga omnes* – decorrente, repita-se, da própria essência do instituto – na prática, impedirá o ajuizamento de novas ações que versarem sobre a mesma relevante questão de direito, seja pelas partes integrantes do processo principal, seja pelos terceiros, bem como autorizará o juiz julgar liminarmente improcedente o pedido (CPC/2015, art. 332, III), extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do novo diploma processual civil.

Não restando dúvidas que a eficácia vinculante do acórdão em assunção de competência é *erga omnes*, cumpre analisar se essa eficácia atingiria os casos presentes e futuros só quando em benefício da coletividade ou se alcançaria a todos independentemente do resultado prolatado. Em outras palavras, se os efeitos da decisão proferida no incidente seguem a lógica das ações coletivas, isto é, causa vinculação apenas conforme o resultado do acórdão (ou seja, *secundum eventum litis* ou *in utilibus*) ou se gera vinculação independentemente do resultado favorável ou

adverso para a coletividade<sup>20</sup>.

Sobre esse aspecto, o legislador também nada referiu nos dispositivos de lei que tratam do incidente de assunção de competência e do incidente de resolução de demandas repetitivas, que é sempre aplicado analogicamente àquele instituto.

De todo modo, a leitura do texto não deixa dúvidas de que, para o incidente de assunção de competência – diferentemente do que ocorre nas ações coletivas – o legislador não previu a solução *secundum eventum litis* (ou *in utilibus*), o que permite entender que a tese fixada no acórdão seria vinculante mesmo quando prejudicial à coletividade.

Poder-se-ia pensar, numa análise superficial que essa vinculação para o bem e para o mal não ofende o sistema do incidente de assunção de competência na medida em que se permite, no seu processamento, a participação efetiva de terceiros. Acontece que, como visto, a eficácia vinculante do acórdão incidirá, igualmente, para os casos futuros, cujos sujeitos não participaram, do processamento e julgamento. Seria justo que viessem a sofrer os efeitos prejudiciais da decisão? Parece que não.

E, corrobora com esse entendimento, Luiz Guilherme Marinoni ao sustentar que em nenhuma hipótese o acórdão no incidente de assunção de competência poderá acarretar efeito vinculante prejudicial *erga omnes*. Diz o nobre jurista: se a decisão

[...] resolve uma questão que interessa a muitos, tal decisão não tem qualquer diferença daquela que, em ação individual, resolve questão que posteriormente não pode ser rediscutida. Esta última decisão também resolve questão que pode constituir prejudicial ao julgamento dos casos de muitos. **Sucede que, como não poderia ser de outra forma, a decisão proferida no caso de um ape-**

20 Vale lembrar, em linhas muito gerais, que nas ações coletivas, quando se tratar de direitos transindividuais (difusos e coletivos *stricto sensu*), a sentença fará coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* nos casos de procedência e improcedência da ação, salvo se a improcedência for por insuficiência de provas (CDC, art. 103, I e II) e quando se referir aos direitos individuais homogêneos, a coisa julgada será *erga omnes* apenas no caso de procedência da ação (CDC, art. 103, III). A ideia aqui é que, em regra, o resultado das ações coletivas atinja a coletividade quando lhes for benéfico. Nesse ponto, de forma bem suscinta, porque esse não é foco do estudo, a doutrina explica que no direito coletivo “[...] **a extensão da coisa julgada poderá beneficiar, jamais prejudicar, os direitos individuais.** Eis aí a **extensão secundum eventum litis da coisa julgada coletiva.** O que é *secundum eventum litis* não é a formação da coisa julgada, mas a sua *extensão* à esfera individual dos integrantes do grupo [...]” (CUNHA, 2011, p. 257). (grifos nosso)



**nas pode beneficiar terceiros, nunca prejudicá-los** (art. 506 do CPC/2015) (MARINONI, 2015, p. 4). (grifos nosso)

Por outro lado, parcela da doutrina defende a vinculação plena do acórdão do incidente de assunção de competência em qualquer resultado porque o instituto serve apenas para firmar uma tese de direito, “sem repetição em múltiplos processos”. O objetivo da assunção de competência seria “apenas” uniformizar a jurisprudência dos tribunais.

O problema é que sua decisão, por força do efeito vinculante e *erga omnes* (CPC, art. 947, § 3º), acaba afetando inexoravelmente uma multiplicidade de pessoas, inclusive porque o juiz pode/deve julgar liminarmente improcedente o pedido que contrarie a tese firmada no incidente (CPC/2015, art. 332, III e art. 487, I). Só isso parece justificar a sua vinculação nos mesmos moldes do que se tem nas ações coletivas, isto é, *secundum eventum litis* ou *in utilibus*, mas nunca para prejudicar terceiros.

Mas, de fato, não é assim. O acórdão proferido em incidente de assunção de competência é vinculante *erga omnes* independentemente do seu resultado, atingindo terceiros tanto para beneficiá-los quanto para, eventualmente, prejudicá-los<sup>21</sup>.

## 5 - CONCLUSÃO

O novo Código de Processo Civil veio com o principal objetivo de minimizar um dos mais graves problemas do sistema jurídico brasileiro: a proliferação de demandas muito semelhantes entre si e as dispa-

---

21 Tome-se como exemplo, a tese firmada no julgamento do Incidente de Assunção de Competência nº 70064085673 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no sentido de que “na interpretação da Súmula 377 do STF presume-se a contribuição em relação aos bens adquiridos no curso do casamento” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Incidente de Assunção de Competência nº 70064085673**. Quarto Grupo Cível. Proponente: 8ª Câmara Cível. Interessado: R.M. Interessado: I.N.M. Rel. Des. Rui Portanova. Porto Alegre, 01 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.gv.br/juris>>. Acesso em: 02 ago. 2017). Por ora, o entendimento que se adota, sem prejuízo de uma análise posterior mais aprofundada do tema sobre o regime de bens, é de que isso vai de encontro aos interesses da coletividade, porque se entende que essa presunção é relativa, ou seja, admite prova em contrário. De todo modo, a partir de agora, pela lógica do atual sistema (de aplicar a tese fixada em todos os processos presentes e futuros de todos os órgãos fracionários vinculados ao tribunal, portanto, em todo o Estado do Rio Grande Sul, nos termos do artigo 947, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015), não caberá mais prova em contrário. Sempre que o casamento for regido pela separação legal, o patrimônio será dividido igualmente entre o casal.

ridades das decisões judiciais, que acabam gerando insegurança jurídica e morosidade processual, além do incentivo à interposição de recursos.

Para tanto, foram criados diversos mecanismos de uniformização da jurisprudência dos tribunais que, por via oblíqua, possibilitassem à garantia da celeridade processual, à isonomia e à segurança jurídica, concretizando, no mundo dos fatos, os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988.

Surge então o incidente de resolução de demandas repetitivas – instituto completamente novo em nosso ordenamento jurídico e aprimora-se, substancialmente, o incidente de assunção de competência, bem como os recursos especial e extraordinário repetitivos. Em relação ao instituto objeto do presente artigo, o novo Código de Processo Civil promoveu a reunião das antigas uniformização de jurisprudência e assunção de competência num único instituto, atribuindo-lhe a força e a importância que sempre mereceu.

Houve a ampliação do elenco de legitimados ativos (relator, partes, Ministério Público e Defensoria Pública); alargamento das bases em que o incidente pode ser suscitado (agravo de instrumento, apelação, qualquer outro recurso, reexame necessário, ação de competência originária); extensão da competência para o processamento e julgamento (tribunais de segundo grau e tribunais superiores); e, para arrematar, talvez a mais significativa alteração: a eficácia vinculante *erga omnes* do acórdão (que antes servia como mera orientação).

O incidente de assunção de competência se caracteriza como autêntico precedente vinculante, de modo que o acórdão proferido é de aplicação obrigatória para todos os juízes e órgãos fracionários do tribunal respectivo (vinculação horizontal e vertical), além de atingir a todos os casos presentes e futuros que versarem sobre a mesma relevante questão de direito. Ou seja, a tese fixada em incidente de assunção de competência afetará um número expressivo de pessoas.

O efeito vinculante da decisão em incidente de assunção de competência é inerente à própria essência do instituto que objetiva, precipuamente, promover a unidade, estabilidade, equidade e coerência nas decisões judiciais não se confunde, em princípio, com a coisa julgada *erga omnes*, porquanto, o órgão soberano competente para o processamento e julgamento do incidente também será competente para resolver o mérito do recurso, da remessa necessária ou da ação de competência originária do tribunal.

Diferente do que acontece no sistema processual coletivo, em que as sentenças formam coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, nos casos de procedência ou improcedência da ação, salvo a improcedência

por falta de provas (para os direitos transindividuais) e apenas nos casos de procedência (para os direitos individuais homogêneos), circunstância que traduz os efeitos *secundum eventum litis* ou *in utilibus*, o efeito vinculante *erga omnes* do incidente de assunção de competência, por omissão legislativa, por assim dizer, incide independentemente do seu resultado ser benéfico ou maléfico para a coletividade.

Quer dizer, não se aplica ao acórdão proferido em incidente de assunção de competência os efeitos *secundum eventum litis* ou *in utilibus*, apesar de – repita-se – influenciar no direito de milhares de pessoas sendo, inclusive, hipótese de improcedência liminar do pedido, o que culmina na extinção do processo com resolução de mérito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARIONI, Rodrigo. As Unpublished Opinions do Direito Norte-Americano: contribuição para a Assunção de Competência. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 261, p. 1-14, nov./2016. Disponível em <http://www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 21 dez 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Coordenação por Luiz Fux. Organização dos textos por Daniel Amorim Assumpção Neves. 2ª ed. São Paulo: Método, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Regimento Interno**: cons. e atual. até outubro de 2016. Brasília, 2016. p. 356. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>>. Acesso em 03 mar. 2019.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. CÉSPEDE, Livia e ROCHA, Fabiana Dias da (col.). 55 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Incidente de Assunção de Competência nº 70064085673**. Quarto Grupo Cível. Proponente: 8ª Câmara Cível. Interessado: R.M. Interessado: I.N.M. Rel. Des. Rui Portanova. Porto Alegre, 01 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.gv.br/juris>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de Competência e fast-track recursal. In: YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Estudos em**

**homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**, São Paulo: DPJ, 2005.

BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de Competência e fast-track recursal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 171, p. 1-8 mai./2009. Disponível em <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 04 abr. 2019.

CAMACHO, Luciana da Silva Paggiatto. Assunção de Competência (artigo 555, § 1º, do Código de Processo Civil e artigo 959 do NCPC). **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 23, n. 89, p. 127-138, jan./mar. 2015.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. **Revista dos Tribunais**, Porto Alegre, v. 786, p. 1-18, abr. 2001. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Capítulo III: Do Incidente de Assunção de Competência. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2111-2113.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Capítulo III: Do Incidente de Assunção de Competência. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2349-2352.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. STJ- IAC no REsp 1.604.412 – 2ª S. – j. 08.02.2017 – v.u. – rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – Dje 13.02.2017 – Áreas do Direito: Processual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 979, ano 106, p. 545-555, mai. 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 193, p. 1-25, mar. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; JÚNIOR, DIDIER, Fredie. Incidente de Assunção de Competência e o Processo do Trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 60, n. 91, jan./jun. 2015.

LEMOS, Vinicius Silva. O Incidente de Assunção de Competência: o Aumento da Importância e sua Modernização no Novo Código de Processo Civil. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 152, p. 106-116, nov./2015.

LIMA, Fernando Rister de Sousa; CARBONE, Rodrigo Carrijo Mendes. A Uniformização da Jurisprudência como Instrumento da Dogmática Jurídica. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 64, p. 101-109. mar./abr. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC. A ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista dos Tribunais**, Porto Alegre, v. 918, p. 1-36, abr. 2012. Disponível em: <[http://: www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br)>. Acesso em: 21 abr. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. O problema do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 249, p. 1-12, nov. 2015. Disponível em: <<http://: www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 30 abr. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 260, p. 1-15, out. 2016a. Disponível em: <<http://: www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 04 abr. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 260, p. 1-15, out. 2016c. Disponível em: <<http://: www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 22 dez. 2016b.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 926 ao 975. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel (coord.). **Coleção Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 976 ao 1.044. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARE-

NHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Coleção Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 16, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. A recepção dos precedentes pelo Novo Código de Processo Civil: uma utopia? **Revista de Processo**, v. 249, p. 1-11, nov. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

PUGLIESE, Willian. **Precedentes e a Civil Law brasileira. Interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RODRIGUES, Walter Piva. Breves Anotações sobre o Incidente de Assunção de Competência no Novo CPC/2015, **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, v. 13, n. 97, p. 17-21, set./out. 2015.

SARTI, Lia. **A relativização dos efeitos expansivos da decisão do incidente de assunção de competência em ações coletivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

TARUFFO, Michele. La giurisprudenza tra casistica e uniformità. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, v. 68, n. 1, p. 35-45, mar. 2014.

TESHEINER, José Maria Rosa; VIAFORE, Daniele. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 23, n. 91, p. 171-224, jul./set. 2015.

THEODORO JÚNIOR; NUNES, Dierle e BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 189, p. 1-38 nov./2010. São Paulo: Revista dos Tribunais. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo de conhecimento**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.



# A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA NO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

THOMÁS HENRIQUE WELTER LEDESMA<sup>1</sup>

## 1 - INTRODUÇÃO

Com o aumento do número de demandas tramitando no Poder Judiciário, o legislador precisou buscar medidas, como alternativas, para que princípios, como a segurança jurídica e a celeridade processual, fossem respeitados.

Dentre as medidas buscadas, tem-se a adoção do sistema de precedentes, que objetiva a manutenção, a estabilidade e a coerência das decisões dos tribunais, a partir da utilização de instrumentos processuais; dentre eles: o incidente de assunção de competência, previsto no art. 947 do Código de Processo Civil, tema que, neste artigo, propõe-se a desenvolver.

Delimitando-se o mencionado espaço temático, compreende-se, prefacialmente, que o incidente de assunção de competência não pode ser considerado novidade no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que possuía previsão no CPC/73. Porém, com a edição da Lei 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil), sofreu alterações e expansões significativas, principalmente no que tange ao rol de legitimados para propô-lo.

Os legitimados elencados pelo § 1º do art. 947 do CPC/15 para propor o incidente são as partes, o relator dos autos, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Em relação à última, o legislador fez menção genérica, não determinando qual o seu campo de atuação; ou seja: se deve haver ou não a presença de necessitado.

O presente artigo tem como objetivo principal analisar as hipóteses de atuação da Defensoria Pública no incidente de assunção de competência, a fim de verificar se a legitimidade está ou não relacionada à presença de hipossuficientes, bem como os requisitos e as novas características do referido mecanismo processual de formação de precedentes – especialmente o problema de estudo aqui enfrentado.

1 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Administrativo Aplicado pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar Filho; e em Direito Eleitoral pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Mestre em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul – FMP/RS.



O método utilizado para realização da presente pesquisa será o hipotético-dedutivo, com utilização de consulta doutrinária e jurisprudencial, analisando as características, os elementos e os requisitos do incidente de assunção de competência.

## 2 - O INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

O novo Código de Processo Civil foi editado em um momento jurídico crítico, em razão do elevado número de processos pendentes de julgamentos nos órgãos judiciais, e também devido à insegurança jurídica, causada pela falta de harmonia entre as decisões judiciais, criadora de espécie de loteria de sentenças.

Durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, não existiam mecanismos processuais suficientes a ensejar coerência entre as decisões do Poder Judiciário, situação que permitia que, não raras vezes, um mesmo tribunal proferisse decisões contraditórias.

A edição do CPC/15, em lapso temporal jurídico que pode ser classificado como “difícil”, deu-se justamente em razão de sua possibilidade de corrigir e de auxiliar na superação de algumas anomalias jurídicas; tais como: insegurança jurídica, morosidade judicial e ausência de estabilidade das decisões. Para tanto, implementou-se o chamado sistema de precedentes vinculantes.

Conforme Daniel Amorim Assumpção Neves (2016a, p. 1485):

Precedente é qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de um outro julgamento que venha a ser posteriormente proferido. Dessa forma, sempre que um órgão jurisdicional se valer de uma decisão previamente proferida para fundamentar sua decisão, empregando-a como base de tal julgamento, a decisão anteriormente prolatada será considerada um precedente.

A utilização do modelo de precedentes é benéfica para o ordenamento jurídico, pois - além de criar segurança jurídica, tendo em vista que os órgãos judiciais inferiores devem observar as decisões prolatadas pelas instâncias superiores, acarretando em decisões semelhantes para casos parecidos - também gerará celeridade e diminuição no número de processos, já que, após sua formação, poderá ser dispensada a remessa necessária (art. 496, §4º, II e III, do CPC).

Outro aspecto salutar diz com o fato de que deverão os juízes e tribunais proferir julgamento de improcedência liminar (art. 332, II e III do CPC), sendo permitido, ao relator, julgar monocraticamente o recurso (art. 932, IV, *b e c*, V, *b e c* do CPC).

A adoção do sistema de precedentes vinculantes, pelo Código de Processo Civil, pode ser extraída do art. 926, que estabelece que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”; para tanto, “editarão súmulas correspondentes a sua jurisprudência dominante” (§1º do art. 926 do CPC).

A manutenção da estabilidade, integridade e coerência das decisões, conforme Teresa Arruda Alvim Wambier “[...] tende a diminuir a carga de recursos que seriam destinados a este tribunal, que passa a ser mais respeitado e a cumprir adequadamente com o dever de gerar segurança jurídica [...]” (WAMBIER, 2016, p. 484).

Justamente em razão da necessidade de manutenção da estabilidade, integridade e coerência das decisões, os juízes e tribunais deverão observar os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas e julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (DIDIER JÚNIOR, CUNHA, 2016, p. 658), previstos no art. 927, III do CPC.

Neste cenário, surge o incidente de assunção de competência, que juntamente com o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos formam o chamado microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios (DIDIER JÚNIOR, CUNHA, 2016, p. 658). Tendo em vista que as decisões proferidas por esses mecanismos devem ser observadas por todos os juízes e tribunais vinculados ao órgão judicial que proferiu o acórdão, sendo cabível, inclusive, reclamação constitucional na hipótese de desrespeito ao conteúdo do julgado.

Diferentemente do julgamento de recursos repetitivos e do incidente de resolução de demandas repetitivas, o incidente de assunção de competência tem como um de seus requisitos a ausência de repetição em múltiplos processos (art. 947, CPC).

Além da ausência de repetição em múltiplos processos, para o ajuizamento do incidente de assunção de competência, a matéria deve envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, bem como o julgamento deve estar em grau de recurso, remessa necessária ou competência originária dos tribunais (art. 947, CPC), não sendo cabível, portanto, contra decisão de juiz de 1º grau, por ausência de previsão legal.

Justamente em razão da importância dada pelo legislador ao incidente de assunção de competência, tendo em vista que foi elencado como mecanismo de manutenção de integridade, estabilidade e coerência das decisões, far-se-á, em seguinte, uma análise mais detida de seus requisitos.

## 2.1 - REQUISITOS DO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

Inicialmente, antes de adentrar-se na análise sobre os requisitos do incidente de assunção de competência, cumpre destacar que o referido instrumento de formação de precedentes obrigatórios não pode ser considerado novidade no ordenamento jurídico pátrio, pois já possuía previsão no §1º do art. 555 da revogada Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973:

Art. 555. §1º. Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.

O incidente de assunção de competência não possuía previsão na redação originária do CPC/73, sendo incluído a partir da edição da Lei n.º 10.352, de 26 de dezembro de 2001, em mais uma tentativa de o legislador dotar de celeridade e também de diminuir o número dos processos judiciais em trâmite.

De pronto, verifica-se que o instituto atual e o revogado elencam como requisitos a presença de “relevante questão de direito” e também do interesse público, nos termos do §2º do art. 947 do CPC/15, que será abordado posteriormente.

Conforme Gustavo Calmon Holliday:

(...) o incidente de assunção de competência produz pelo menos dois aspectos extremamente positivos à padronização de decisões: i) tem efeito vinculante aos juízes e órgãos fracionários; ii) previne divergência entre órgãos fracionários de um mesmo tribunal acerca de uma mesma controvérsia (HOLLIDAY, 2016, p. 80).

Lia Sarti entende que o atual incidente de assunção de competência difere do instituto revogado (CPC/73, art. 555, §1º), pelos seguintes motivos: ampliação da possibilidade de instauração do recurso, ampliação do rol de legitimados e vinculação da decisão (SARTI, 2018, p. 186).

Conforme expõe a autora, o incidente do CPC/73 era cabível so-

mente nas hipóteses de julgamento de agravo de instrumento e de apelação; enquanto no CPC/15 há ampliação no rol de cabimento, sendo permitido também o ajuizamento na hipótese de remessa necessária e de ações de competência originária do tribunal; bem como anteriormente era permitido apenas nos tribunais de 2º grau (SARTI, 2018, p. 186).

Conforme será demonstrado, atualmente é permitido seu manejo nos tribunais superiores. Em relação à ampliação do rol de legitimados, a partir da leitura do §1º do art. 555 do CPC/73, verifica-se que apenas o relator possuía legitimidade para ajuizar o incidente de assunção de competência; enquanto no CPC/15, além do relator, as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública deterão legitimidade para propor o referido instituto (CPC/15, art. 947, §1º).

Quanto à terceira diferença entre os institutos, apontada por Lia Sarti - a vinculação da decisão (2018, p. 186) -, anteriormente à edição do CPC/15, apenas súmulas vinculantes, em razão do disposto no art. 103-A da Constituição Federal, e as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, por possuírem efeito *erga omnes* (ANSELMO, 2015, p. 151), eram de observância obrigatória.

Portanto, um acórdão proferido nos termos do § 1º do art. 555 do revogado CPC/73 “[...] serviria como mera orientação para os julgadores [...]” (SARTI, 2018, p. 186), enquanto a decisão proferida em sede de assunção de competência, regulada pelo art. 947 do CPC/15, deverá ser aplicada por todos os juízes e tribunais vinculados ao órgão que proferiu a decisão, sendo, portanto, de observância obrigatória.

Como foi possível observar, o incidente de assunção de competência do CPC/15 possui maior amplitude do que o instituto previsto no revogado CPC/73. Conforme já exposto, ambos os instrumentos de formação de precedentes elencam o interesse público e a relevante questão de direito como requisitos, o que acarreta na necessidade de defini-los – o que, em seguir, se buscará realizar.

## **2.1.1 - A RELEVANTE QUESTÃO DE DIREITO COM GRANDE REPERCUSSÃO SOCIAL E O INTERESSE PÚBLICO**

Conforme já exposto, a relevante questão de direito com grande repercussão social é um dos requisitos do incidente de assunção de competência. Sendo assim, há necessidade de analisar-se o conteúdo do referido pressuposto.

Conforme Vinícius da Silva Lemos “[...] a opção pela questão de direito como um dos requisitos é pela inviabilidade visualizada pelo le-

gislador por discutir-se questões fáticas, optando somente por questões em que se firmarão teses jurídicas [...]” (LEMONS, 2018, p. 69).

Conforme Luiz Guilherme Marinoni:

Questão de direito com grande repercussão social é aquela que, além de não ter relevo apenas para a solução do caso sob julgamento, tem valor para a sociedade. Na verdade, quando se fala em questão com grande repercussão social não se quer apontar para algo que diz respeito à sua relevância técnico-processual, que atingiria outros casos repetitivos ou casos respeitantes a direitos coletivos ou difusos. Alude-se a uma questão de direito com grande repercussão social para evidenciar o seu excepcional relevo em face da vida social nas perspectivas política, religiosa, cultural e econômica. (MARINONI, 2016, p. 234)

No mesmo sentido, dispõe José Eduardo Carreira Alvim, classificando que a repercussão geral como aquela que produz efeitos sobre uma grande maioria de pessoas, considerada do ponto de vista econômico, político e jurídico (ALVIM, 2017, p. 15).

A questão de direito, com grande repercussão social, portanto, pode ser conceituada como aquela que, apesar da ausência de grande quantidade de demandas, possui capacidade de causar grande impacto em um grupo considerável de pessoas. Sendo, assim, “[...] um requisito genérico, sem possibilidade de prévia caracterização, mas tão-somente, quando da análise do caso concreto [...]” (ALMEIDA, 2016, p. 264).

A possibilidade de análise apenas no caso concreto enseja, portanto, subjetividade por parte dos julgadores do Tribunal.

Um segundo requisito do incidente de assunção de competência, o interesse público (CPC, art. 947, §2º), também é marcado por um forte viés subjetivista, pois, assim como a grande repercussão social, também “[...] é um conceito do tipo aberto ou indeterminado, de modo que, na prática, pode ser que uma questão venha a ser considerada de repercussão social por um julgador e não por outro, do que se resultarão decisões por maioria de votos” (ALVIM, 2017, p. 15).

Dispõe o §2º do Art. 947 do CPC: O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público da assunção de competência. (BRASIL, 2015).

Conforme exposto, o incidente de assunção de competência será ajuizado quando houver relevante questão de direito, com repercussão social. Questiona-se, então, se o interesse público, previsto no §2º do art.

947 do CPC, pode ser considerado também um requisito do mecanismo de formação de precedentes.

O tema é abordado por Luiz Guilherme Marinoni que entende que “[...] a princípio, seria possível pensar que o legislador desejou impor um novo requisito para a admissibilidade da assunção de competência. Note-se, contudo, que a previsão de ‘interesse público’ surge apenas quando se fala na admissão do julgamento do caso [...]” (MARINONI, 2016, p. 235).

Sobre a relevante questão de direito, com grande repercussão social e o interesse público, afirma o autor: “[...] Ora, não é possível supor que, para duas decisões que aferem a mesma circunstância, é possível exigir requisitos diferentes. Os dois requisitos teriam que ser necessários tanto para o deslocamento quanto para a admissão do julgamento [...]” (MARINONI, 2016, p. 235), concluindo que:

(...) além de o art. 947 ter aludido a “interesse público” ao tratar de uma fase específica, das duas grandes locuções insertas no artigo – “grande repercussão social” e “interesse público” – pode-se retirar previsões absolutamente similares, de modo que não se pretendeu criar dois requisitos diferentes para a assunção de competência. Objetivou-se, isto sim, frisar que tanto o órgão originariamente competente, quanto o órgão para o qual a competência foi deslocada, têm poder para aferir razões para a assunção de competência com base tanto em uma quanto em outra locução. (MARINONI, 2016, p. 235).

O interesse público, portanto, não pode ser considerado como um requisito adicional para ajuizamento do incidente de assunção de competência, pois se trata apenas de um instrumento de verificação das razões da assunção pelo órgão colegiado. Ademais, importante observar-se também a dificuldade em encontrar-se uma questão com relevante interesse público e repercussão social sem a presença do requisito do interesse público.

Analizados tais requisitos, passar-se-á a verificar outro elemento subjetivo do incidente de assunção de competência: trata-se da ausência de repetição em múltiplos processos.

### **2.1.2 - AUSÊNCIA DE REPETIÇÃO EM MÚLTIPLOS PROCESSOS**

O incidente de assunção de competência tem também como requisito a ausência de repetição em múltiplos processos, nos termos do art. 947 do CPC/15. Conforme José Eduardo Carreira Alvim trata-se de um requisito negativo, “[...] porquanto, se houver essa repetição, entra em cena o

incidente de resolução de demandas repetitivas [...]” (ALVIM, 2017, p. 14).

Conforme já mencionado em tópico anterior, um dos elementos que distinguem o incidente de assunção de competência, do incidente de resolução de demandas repetitivas, é justamente a (in)existência de repetição em múltiplos processos; ou seja: quando a relevante questão de direito com grande repercussão social estiver sendo discutida em múltiplos processos, não será cabível o incidente de assunção de competência, que é subsidiário, conforme Enunciado 334 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Por força da expressão, ‘sem repetição em múltiplos processos’, não cabe o incidente de assunção de competência quando couber julgamento de casos repetitivos” (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS in ALMEIDA, 2016. p. 264).

Questão relevante refere-se à definição do conceito “múltiplos processos”. Conforme já exposto, quando ajuizado o incidente de resolução de demandas repetitivas, não caberá o incidente de assunção de competência. Porém, qual seria o fator definidor do conceito múltiplos processos? Quando da utilização da expressão, a partir da interpretação do conteúdo e dos mecanismos do IRDR, conclui-se que o legislador se referiu às demandas em grande quantidade, não impedindo, portanto, o ajuizamento do incidente de assunção de competência quando houver ações isoladas que discutem a mesma matéria de direito com grande repercussão social.

Por exemplo: a existência de 4 (quatro) ou mais demandas no Tribunal ainda poderiam ensejar o ajuizamento do incidente de assunção de competência. O mesmo entendimento é compartilhado por Vinicius Silva Lemos:

(...) há uma dificuldade em estabelecer-se o que seria a multiplicidade. Uma demanda em assunção de competência pode ter uma certa quantidade de processos, não muitos, mas uma diminuta quantidade, cabível, ainda a assunção de competência. (LEMOS, 2018, p. 73).

Portanto, em relação ao requisito “ausência de repetição em múltiplos processos”, a existência de demandas isoladas com a matéria que versa sobre relevante questão de direito, com grande repercussão social, não impede o ajuizamento do incidente de assunção de competência. Porém, na hipótese de diversas demandas, o instrumento cabível será o IRDR, do qual o incidente de assunção de competência é subsidiário.

Além do requisito “sem repetição em múltiplos processos”, outro ponto referente ao incidente de assunção de competência que merece ser analisado, e o será na sequência, refere-se ao seu rol de legitimados, que foi ampliado pelo CPC/15 se comparado ao CPC/73.

## 2.2 - LEGITIMADOS DO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

O §1º do art. 555 do CPC/73 elencava como legitimado para o ajuizamento do incidente de assunção de competência apenas o relator dos autos no Tribunal. Com a edição da Lei n.º 13.105/15, do rol dos legitimados para o ajuizamento do incidente de assunção de competência foi expandido, conforme dispõe o §1º do art. 947 do CPC/15:

CPC. art. 947. §1º. Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

A partir da leitura do artigo supra, verifica-se que, além do relator dos autos, são legitimados para propor o incidente de assunção de competência o Ministério Público, as partes e a Defensoria Pública.

A expansão do rol de legitimados para a proposição do incidente de assunção de competência pode ser considerada um avanço para a preservação da segurança jurídica e para a diminuição do número de processos em trâmite, pois a decisão, em sede de assunção de competência, vinculará a todos os órgãos judiciais subordinados.

Em relação ao rol de legitimados, além das partes, que naturalmente devem possuir tal condição, por integrarem o processo, a eleição do Ministério Público decorre da sua função constitucional: o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais coletivos (CRFB, 1988, art. 127, §2º).

Sobre o papel Ministério Público, discorre Rodrigo Régner Chemim Guimarães:

Como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, o Ministério Público ocupa espaço destacado na aplicação da Justiça em nosso País. Não mais se admite a prestação jurisdicional em sua plenitude, sem a intervenção do Ministério Público nas causas que interessam a sociedade. (CHEMIM, 2008, p. 61).

Justamente por exercer função essencial à jurisdição do Estado, o Ministério Público figurou entre os legitimados para propor o incidente de assunção de competência.



Importante mencionar que o Ministério Público pode atuar nos processos como parte ou *custus legis*. Em razão de seus fins institucionais, independentemente da posição que ocupa, o Ministério Público deterá legitimidade para a propositura do incidente de assunção de competência.

O incidente de assunção de competência possui como finalidade a criação de um precedente, para que a jurisprudência dos tribunais seja estável, íntegra e coerente, possuindo uma forte relação com os fins institucionais do Ministério Público, que deverá atuar quando houver indisponibilidade do interesse ou beneficiar a coletividade como um todo. (SAUWEN FILHO, 1999, p. 201). Em razão do disposto, deterá, em qualquer hipótese, legitimidade para o ajuizamento do incidente de assunção de competência.

Em relação ao tema legitimidade da Defensoria Pública, outra novidade trazida pelo CPC/15 merece ser analisada em tópico próprio, justamente em razão de suas peculiaridades, a seguir desenvolvido.

### **3 - A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA NO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA**

A Defensoria Pública foi elencada como “[...] instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados [...]”, nos termos do art. 134 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Importante mencionar que, para a atuação da Defensoria Pública, o conceito de necessitado é amplo, abarcando não apenas aqueles que não possuem condições financeiras para arcar com os honorários de advogados privados, mas também os hipossuficientes jurídicos.

A ampliação do conceito de necessitado, abarcando não apenas os hipossuficientes econômicos, mas também os jurídicos, decorreu do julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), do Recurso Especial nº 1.457.550, que:

(...) consolidou a tese de que a Defensoria Pública também tem como finalidade a tutela de interesses individuais homogêneos em relação aos necessitados, assim considerados, não somente os que não possuem condições econômico-financeiras, mas também aos hipossuficientes jurídicos (LUCHETE, 2018).

Sobre as funções da Defensoria Pública, discorre Paulo Gustavo Gonet Branco:

A Defensoria Pública não apenas recebeu a missão de defender os necessitados em todos os graus de jurisdição, como também lhe foi assinada a tarefa de orientar essa mesma população nos seus problemas jurídicos, mesmo que não estejam vertidos em uma causa deduzida em juízo. (MENDES, COELHO, BRANCO. 2009, p. 1047).

Em razão da atribuição constitucional que lhe foi outorgada (prestar assistência judiciária dos necessitados), a Defensoria Pública foi elencada como instituição essencial à função jurisdicional do Estado.

A ausência de uma instituição que preste assistência judiciária gratuita àqueles que não possuem condições financeiras está relacionado não apenas com o direito constitucional de acesso à justiça, como semelhantemente ao regular exercício da cidadania (NASCIMENTO, 2014, p. 213).

Em 2013, somente a Defensoria Pública da União realizou mais de 1 (um) milhão e 500 (quinhentos) mil atendimentos (OLIVEIRA, 2014), dado que demonstra relevância da atuação do referido órgão na busca pelo acesso à Justiça. Além de estar estruturada no âmbito da União, também estão implementadas nos Estados (CRFB, art. 134, §1º). Diante do status constitucional que possui, bem como em razão da grande quantidade de processos em que atua, a Defensoria Pública foi elencada pelo legislador como uma das legitimadas a propor o incidente de assunção de competência (CPC, art. 947, §1º).

O legislador, no art. 947, §1º do CPC, apenas faz menção à Defensoria Pública como legitimada para ajuizar o incidente de assunção de competência; porém, não especificou se poderia fazê-lo em qualquer hipótese, desde que presentes os requisitos, ou se, necessariamente, quando em um dos polos deve figurar uma parte necessitada, havendo, portanto, relação com seus fins institucionais.

O Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou sobre uma possível delimitação da legitimidade da Defensoria Pública no incidente de assunção de competência; entretanto, a Corte foi provocada para decidir um caso semelhante: trata-se da legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública.

### **3.1 - A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEI 7.347/85**

A ação civil pública é regulamentada pela Lei n.º 7.347/85, possuindo “[...] o mais amplo campo de cabimento de todas as ações coletivas que compõe o processo coletivo comum [...]” (NEVES, 2016b, p. 88), pois tutela várias espécies de direitos. Além do vasto rol de cabimento, a Ação Civil Pública pode ser ajuizada por diversos legitimados, conforme dispõe o art. 5º da citada lei:

Tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I – o Ministério Público;

II – a Defensoria Pública;

III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V – a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) anos nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Conforme pôde ser observado, a Defensoria Pública possui legitimidade para ajuizar ação civil pública, sendo inclusa no rol acima mencionado a partir da edição da Lei n.º 11.448 de 2017.

Ocorre que, apesar de a Lei n.º 7.347/85 não ter estabelecido, contrariamente ao que fez com as associações, nenhum requisito para o ajuizamento da ação civil pública por parte da Defensoria Pública, dando a entender que poderia atuar em qualquer hipótese (com ou sem a presença de necessitado). O art. 4º, VII, da Lei Complementar n.º 80/94 estabelece que:

art. 4º, VII. São funções institucionais da Defensoria Pública:

VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes.

A Lei Complementar n.º 80 deixa claro que o manejo de ação civil pública pela Defensoria Pública depende do envolvimento de inte-

resses de pessoas hipossuficientes, ao contrário da Lei 7.347/85, que não impõe nenhum requisito.

Apesar da possibilidade de solução da presente antinomia pelo critério cronológico, pois a norma posterior deverá prevalecer sobre a anterior (BOBBIO, 2007, p. 238), tendo em vista que a Lei Complementar n.º 80/94 foi editada após Lei n.º 7.437/85, o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.943, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), entendeu ser legitimada a Defensoria Pública para o manejo da ação civil pública, mesmo quando ausente o interesse de hipossuficiente no julgamento da questão.

O CONAMP propôs a ADI n.º 3.943 fundamentando que a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública deveria estar relacionada à presença de interesse de hipossuficientes. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015).

O plenário do STF entendeu que não há necessidade de comprovação de hipossuficiente para propositura de ação civil pública pela Defensoria Pública, pois “[...] o aumento de atribuições da instituição amplia o acesso à Justiça e é perfeitamente cabível com a Lei Complementar 132/2009 e com as alterações à Constituição Federal promovidas pela Emenda Constitucional 80/2014 [...]”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015).

Portanto, a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento da ação civil pública, para o Supremo Tribunal Federal, não exige que seja comprovada a participação de hipossuficiente no processo.

A partir da decisão do STF sobre a legitimidade da Defensoria Pública na ação civil pública, analisar-se-á a referida atribuição no incidente de assunção de competência.

### **3.2 - ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA NO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA**

A legitimidade da Defensoria Pública, para o ajuizamento incidente de assunção de competência, não possui nenhum requisito especial, não fazendo o Código de Processo Civil qualquer menção à necessidade (ou não) da presença de hipossuficiente.

Em situação semelhante, mesmo dispondo em sentido contrário, o art. 4º, VII, da Lei Complementar nº 84/90, o STF dispensou a necessidade de comprovação de presença de hipossuficiente para o manejo, pela Defensoria Pública, de ação civil pública.

Questiona-se: o mesmo entendimento sobre a legitimidade da Defensoria Pública pode ser aplicado ao incidente de assunção de competência? Para tanto, há necessidade de retornar ao argumento utilizado pelo STF no julgamento da ADI n.º 3.943 de que a possibilidade de manejo da ação civil pública pela Defensoria Pública efetiva o direito de acesso à Justiça.

Imperioso destacar que, apesar da relevante função do direito fundamental do acesso à Justiça, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, direitos com status de absoluto; ou seja: apesar da forte carga axiológica que possuem, todos os direitos fundamentais admitem restrição. A dificuldade reside na delimitação do campo de atuação do legislador, definindo quais limitações serão consideradas violações.

Apesar de não ser objeto do presente trabalho, sobre a restrição dos direitos fundamentais, existem duas teorias: a teoria relativa e a absoluta. Para a primeira, os direitos fundamentais podem ser reduzidos, a partir da máxima proporcionalidade, não havendo um conteúdo mínimo a ser preservado, desde que utilizada a referida técnica. Já para a teoria absoluta, existe um conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, denominada núcleo essencial, que sempre deverá ser garantido em todas as situações. (ALEXY, 2017, p. 297-298). O que se pretende demonstrar é que eventual entendimento do STF em sentido contrário, sobre a desnecessidade de hipossuficiente para legitimidade da Defensoria Pública no manejo da ação civil pública, não necessariamente violaria o direito fundamental do acesso à Justiça, pois, conforme demonstrado, há possibilidade de restrição do referido direito.

A ilegitimidade da Defensoria Pública, na hipótese de ausência de hipossuficiente da ação civil pública, não pode ser considerada uma restrição, pois o art. 5º da Lei n.º 7.347/85 possui um extenso rol de legitimados, bem como, nas hipóteses em que estiver presente parte hipossuficiente, poderá o referido órgão atuar.

Mesmo entendimento deve ser aplicado à legitimidade da Defensoria Pública no incidente de assunção de competência, devendo o órgão atuar apenas quando houver a presença de hipossuficiente, pois o Ministério Público, as partes e o relator poderão, em qualquer hipótese, ajuizá-lo. Pensamento compartilhado por Mariana Pacheco Rodrigues Almeida, que defende a legitimidade da defensoria pública apenas quando houver interesse de necessitado (ALMEIDA, 2016. p. 265).

A Defensoria Pública foi elencada como função essencial à Justiça, devendo atuar apenas na defesa de interesse de hipossuficiente; caso contrário, acabará desvirtuando seus fins institucionais, podendo preju-

dicar o interesse e a defesa daqueles que deveria proteger. Ademais, conforme demonstrado anteriormente, o conceito de necessitado abrange tanto os hipossuficientes econômicos como também os jurídicos, situação que, por si só, amplia o campo de atuação da Defensoria Pública na hipótese de propositura do incidente.

Conforme já demonstrado, a Defensoria Pública é o órgão do Estado responsável por atuar na defesa daqueles que não possuem condições financeiras de custear um advogado. Qualquer outra hipótese de presença da Defensoria Pública em juízo que não seja na defesa do hipossuficiente poderá ensejar desrespeito aos seus fins institucionais.

Não há razão para o ajuizamento do incidente de assunção de competência, pela Defensoria Pública na hipótese de ausência de hipossuficiente, pois não há justificativa para que a instituição atue de maneira distinta das suas finalidades legais. Mesmo não sendo legitimada, a ausência de sua atuação não inviabiliza o Ministério Público, as partes e o relator, que poderão propor a assunção de competência.

Conclui-se, portanto, que, para o ajuizamento do incidente da assunção de competência, diversamente do que entendeu o Supremo Tribunal Federal na hipótese de ação civil pública, a atuação da Defensoria Pública deverá estar relacionada à defesa de interesses de necessitado, conceito que abrange os hipossuficientes econômicos e jurídicos.

#### **4 - CONCLUSÃO**

O presente trabalho teve por objetivo analisar o incidente de assunção de competência, verificando principalmente se o seu manejo, pela Defensoria Pública, está ou não obrigatoriamente relacionado à presença de interesse de hipossuficiente.

Conforme restou demonstrado, a legitimidade da Defensoria Pública para propor a assunção de competência deverá estar relacionada às causas em que atua na defesa de interesses de necessitados.

Como a Lei n.º 13.105/15 foi editada recentemente, houve necessidade de análise de outra situação que previa atuação genérica da Defensoria Pública: trata-se da ação civil pública, regulada pela Lei n.º 7.347/85, que também não faz menção à presença de hipossuficiente como requisito para sua propositura.

A presença de hipossuficiente como requisito para o manejo da ação civil pública pela Defensoria Pública foi analisada pelo STF, no julga-

mento da Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 3.943, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), que entendeu a permissão da atuação da Defensoria, independentemente da presença de necessitado, ampliaria o acesso à Justiça.

Conforme restou demonstrado, a adoção de entendimento diverso daquele adotado no julgamento da ADI n.º 3.943 pelo STF, não necessariamente ensejaria violação ao acesso à Justiça, haja vista que, apesar de possuir o status de direito fundamental, também é passível de restrição. Portanto, discordou-se do posicionamento da corte constitucional.

Apesar de o posicionamento do STF sobre a legitimidade da Defensoria Pública nas ações civis públicas ser amplo, ou seja, desvincular a atuação do órgão do interesse de hipossuficientes, na hipótese do incidente de assunção de competência, conclui-se que o entendimento deverá ser diverso, buscando preservar os fins institucionais estabelecidos em lei pela Defensoria Pública, devendo ser admitido apenas sua atuação apenas na proteção de interesses de hipossuficientes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALMEIDA, Mariana Pacheco Rodrigues. O incidente de assunção de competência no microsistema de formação de precedentes obrigatórios. p. 253-270. In: PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. SOUSA, Rosalina Freitas Martins. ANDRADE, Sabrina Dourado França (coord.). **Temas Relevantes de Direito Processual Civil**: Elas escrevem. Recife: Armador, 2016.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**: Lei 13.105, de 16 de Março de 2015. Volume XIV Arts. 947 ao 993. Curitiba: Juruá, 2017.

ANSELMO, José Roberto. Os controles de constitucionalidade brasileiro e italiano: uma análise comparativa. p.141-163. in: REIS, Maurício Martins. JOBIM, Marco Félix. **Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em 12 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm)> Acesso em 10 mar. 2019

BRASIL. Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/LEIS/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L7347orig.htm)> Acesso em 14 mar. 2019.

BRASIL. Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm)> Acesso em 14 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em 10 mar. 2019.

DIDIER JÚNIOR, Freddie. CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões e Processo nos Tribunais.** vol. 3. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público.** 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

HOLLIDAY, Gustavo Calmon. **A Reclamação Constitucional no Novo CPC.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LEMOS, Vinicius Silva. **O incidente de assunção de competência: da conceitualização à procedimentalidade.** Salvador: JusPodivm, 2018.

LUCHETE, Felipe. Defensoria tem legitimidade para representar vítimas da boate Kiss, diz STJ. **CONJUR.** Publicado em 28 fev. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-28/defensoria-legitimidade-representar-vitimas-kiss-stj>> Acesso em 19 de mar. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o Incidente de Assunção de Competência. **Revista de Processo.** vol. 260/2016. p. 233-256. Out. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009.



NASCIMENTO, José Moacyr Doretto. A Defensoria Pública e a Lei de Assistência Judiciária: Releitura Constitucional da Gratuidade Processual. p. 211-227. In: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. REIS, Gustavo Augusto Soares (org.). **Temas aprofundados Defensoria Pública**: vol. 2. Salvador: JusPodivm, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado**: artigo por artigo. Salvador: JusPodivm, 2016a.

\_\_\_\_\_. **Manual de Processo Coletivo**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016b.

OLIVEIRA, Mariana. Estudo mostra déficit de 66% no total de defensores públicos da União. **G1**. Publicado em 27 de março de 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2014/03/estudo-mostra-deficit-de-66-no-total-de-defensores-publicos-da-uniao.html>> Acesso em 05 mar. 2019.

PLENÁRIO julga constitucional legitimidade da Defensoria Pública para pro-  
por ação civil pública. **Supremo Tribunal Federal**. Publicado em 07 de maio  
de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291085>> Acesso em 16 mar. 2019.

SARTI, Lia. O Cabimento do Incidente de Assunção de Competência. p. 177-  
198. In: DIAS, Handel Martins (Org). **Estudos sobre o Novo Código de Proce-  
so Civil**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2018.

SAUWEN FILHO, João Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado  
Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes. p. 483-495. WAMBIER, Luiz  
Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Temas Essenciais do Novo CPC**:  
Análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. São Pau-  
lo: Revista dos Tribunais, 2016.

## RELATÓRIO DO PAINEL GARANTIAS PROCESSUAIS PARA PROTEÇÃO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

ANA PAULA OLIVEIRA ÁVILA<sup>1</sup>

### VISIÓN SOBRE LAS ACCIONES COLECTIVAS EM MÉXICO

HUGO CARRASCO SOULÉ

O Dr. Hugo Carrasco Soulé iniciou sua intervenção explicando que as ações coletivas, no México, contam com previsão constitucional e estão regulamentadas em uma lei federal que as circunscreve às matérias de consumo de bens e serviços e questões ambientais. Foi editada uma lei estadual ampliando o objeto dessas demandas para assegurar a proteção dos direitos humanos, suscitando um problema de conflito de competências que foi decidido em favor da manutenção da lei estadual, por conta da natureza e primazia dos direitos tutelados.

O procedimento das ações coletivas está regulado no Código de Processo Federal mexicano, com previsão de julgamento no âmbito dos tribunais federais. As ações se dividem em três modalidades por conta da natureza do direito tutelado: há a (a) ação difusa, (b) a ação difusa em sentido estrito e (c) a ação de direitos individuais de incidência coletiva, que seriam equivalentes à nossa classificação dos direitos coletivos em difusos, coletivos stricto sensu e individuais homogêneos.

O Dr. Soulé pontuou algumas questões de legitimação ativa, pois exige-se a participação de ao menos trinta membros para intentar uma ação coletiva. Corre-se o risco de transações que visem à exclusão ou retirada de alguma(s) parte(s), prejudicando o requisito mínimo de participantes. Além disso, ressaltou que as indenizações resultantes das condenações nessas causas passam a integrar um fundo gerido pelo Conselho da Magistratura Federal, estipulação que expressa visível conflito de interesse, visto que a autoridade julgadora é a mesma que gere o fundo cujos recursos são provenientes de condenações da justiça federal.

---

1 Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogada.

## GARANTIAS PROCESSUAIS PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

Prof. Aluisio Mendes inicia situando o *locus* constitucional da matéria. Segundo ele, originalmente, foi a Suprema Corte Canadense que, a partir do exame de caso concreto, reconheceu na ação coletiva uma garantia constitucional. No Brasil, a Constituição Federal dedica o Título II à proteção dos direitos individuais e coletivos, dispensando maiores digressões acerca da natureza constitucional da tutela coletiva.

Os meios específicos da tutela transindividual seguem a divisão analítica dos direitos coletivos segundo o critério da indivisibilidade (difusos e coletivos stricto sensu) ou divisibilidade (individuais homogêneos – individuais defendidos coletivamente) do objeto dos direitos coletivos. Essa divisão implica técnicas distintas, que podem ser disponibilizadas [exemplificativamente] por meio das *Class Actions* (ações coletivas, ação popular, mandado de segurança coletivo etc.), das *Test Claims/ actions* (processos modelo, recursos repetitivos) ou por meio de soluções consensuais de conflitos coletivos (por ex. termos de ajustamento de conduta).

No cenário internacional observa-se um fortalecimento da tutela coletiva de direitos, sem prejuízo da criação de outros meios alternativos, a partir da legitimação das associações para atuarem no polo ativo dessas ações. Recomendações da Comissão da União Europeia estabelecem padrões mínimos para as demandas coletivas. Na Alemanha há uma tendência dos “julgamentos coletivos por concentração”, evoluindo com a técnica do *Musterverfahren*, i.e., a partir de iniciativa judicial, seleciona-se um caso modelo, suspendendo os demais até que o primeiro julgamento seja concluído e sirva de orientação aos demais.

Esta prática encetada pelos juízes já conta com a chancela do *Busdesverfassungsgericht*, e com a extensão do modelo para outras áreas, como previdenciária e mercado imobiliário. A Corte Europeia de Direitos Humanos emprega um sistema semelhante, o “*Pilot-judgement procedure*”, quando há fatos que indiquem problemas estruturais nos estados-membros. Há ainda a técnica da *Feststellungsklage* que, semelhante ao *Musterverfahren*, exige um número mínimo de ações coletivas para sua admissibilidade, para então concentrar a causa no tribunal de apelação, aceitando habilitações/adesões tardias.

Por fim, o Prof. Castro Mendes tangencia o IRDR – incidente de resolução de demandas repetitivas – como técnica para a solução de questões comuns de direito que levem à repetição de processos, para evitar a disparidade de decisões, tendendo a privilegiar a economia processual, duração razoável, isonomia, segurança jurídica.

## AMPARO EUROPEO Y PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DEL DERECHO AL MATRIMONIO

LUIS-ANDRES CUCARELLA

O Prof. Cucarella aborda o direito de amparo como meio para a proteção e o reconhecimento dos direitos humanos, tratando especificamente do caso da proteção do direito ao matrimônio na Espanha. Inicia contextualizando a constitucionalização da proteção dos direitos humanos como uma reação às atrocidades cometidas na segunda guerra, demandando o desenvolvimento da jurisdição constitucional e dos mecanismos processuais de acesso a essa jurisdição para a garantia dos direitos humanos.

Examinando recursos de amparo, a Corte Europeia de Direitos Humanos aplica o art. 12 da Convenção Europeia para reconhecer o direito ao matrimônio e o direito à formação da família, a fim de romper as barreiras internas dos estados ao matrimônio igualitário, reconhecendo o direito para o casamento homoafetivo. A CEDH, deste modo, visa estimular o desenvolvimento do controle de convencionalidade para garantir a simetria entre a Convenção Europeia de Direitos e a legislação interna dos Estados-Membros. Contudo as sentenças da Corte Europeia possuem uma eficácia limitada, pois não adentram na questão do matrimônio igualitário, deixando a regulamentação da matéria ao alvitre dos estados-membros, para que as discussões avançassem por meio de seus processos democráticos internos, como ocorreu na Espanha, onde a matéria foi extremamente controvertida.

Nota da revisora: a lei que reconheceu o casamento entre pessoas do mesmo sexo gerou muita polêmica junto ao Parlamento espanhol, tendo sido aprovada pela Câmara dos Deputados e após rejeitada pelo Senado; o veto do Senado foi derrubado pela Câmara que, lá como aqui, tem a palavra final em matéria legislativa. Assim, promulgou a lei reconhecendo o matrimônio igualitário. A lei foi contestada perante o Tribu-

nal Constitucional Espanhol, onde foi declarada constitucional e mantida para permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

## GARANTÍAS PROCESALES PARA LA PROTECCIÓN DE LAS TIERRAS ANCESTRALES E PROPIEDAD INDÍGENA

ALFONSO LAZCANO

O Prof. Lazcano inicia discorrendo sobre a proteção das terras ancestrais na Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, pontuando o problema da ineficácia dos meios coletivos, eis que a preocupação tradicional é com os interesses individuais. Porém, a Corte Interamericana de Direitos Humanos interpretou extensivamente o art. 21 da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos para reconhecer a propriedade coletiva a par da propriedade privada, dinamizando a proteção para os povos tradicionais e indígenas. A Corte Interamericana reconhece as áreas habitadas pelos povos tradicionais e indígenas como áreas estratégicas, compreendendo seus recursos naturais. Membros da Corte realizam o controle difuso de convencionalidade, verificando a conformidade entre o direito internos dos estados membros com a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos.

Como parâmetros de proteção na Corte Interamericana, aponta-se (a) exigência de demarcação das terras; (b) emissão de títulos de propriedade para as comunidades; (c) recuperação das terras ancestrais caso tenham sido transferidas a terceiros de boa-fé; (d) reconhecimento como reservas ambientais, em princípio imunes à exploração dos seus recursos naturais.

## SOBRE A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

LUIZ GUILHERME MARINONI

O Prof. Marinoni inicia sua intervenção com uma reflexão: se, por um lado, os fundamentos do IRDR são constitucionais, tais como a economia processual, duração razoável, isonomia, segurança jurídica, por outro lado o instituto apresenta problemas que também desafiam previsões cons-

titucionais, notadamente o acesso à jurisdição e o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Com essa reflexão preambular, o Professor pontua o problema de pessoas que, não tendo sido representadas nos processos que servem de matriz ao incidente, sofrerão os efeitos das decisões para esses feitos, se a decisão no IRDR for considerada como um precedente.

Para tratar dessa questão [se a decisão no IRDR forma um precedente vinculativo das decisões futuras], o Professor questiona se se pode chamar essa decisão de precedente. A resposta a essa questão deve contemplar o fato de que o direito brasileiro não trabalha com a coisa julgada de questão prejudicial. Em nosso sistema a coisa julgada abrange o mérito, e não a questão prejudicial. Por isso, não se pode desconsiderar que o que se forma por meio do IRDR é uma coisa julgada de questão prejudicial.

Em seguida, o Prof. Marinoni pontua uma segunda reflexão: “- não deve se oportunizar a representação adequada dos excluídos?”. Para Marinoni, em face do acesso à jurisdição, do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, parece inaceitável que alguém que não tenha participado do processo sofra os efeitos da decisão, sem que tenha tido representação adequada. Nos Estados Unidos conta-se com a figura do representante virtual para atenuar esta situação, que atuaria em nome dos excluídos. A Suprema Corte dos Estados Unidos reputa que a representação virtual deve ser adequada, equiparando o representante virtual ao representante adequado, de modo que os excluídos tenham seus interesses plenamente representados. Do contrário, poderão propor ações individuais para escaparem dos efeitos da coisa julgada. A grande questão é: a coisa julgada não pode abranger quem não teve representação adequada.

Com esses fundamentos, Marinoni se volta à discussão de outro ponto relevante, questionando: se a coisa julgada não pode se formar em relação aos excluídos sem representação adequada, por que no precedente pode? Em defesa do precedente, Marinoni argumenta que o precedente, enquanto tal, está aberto ao desenvolvimento do direito mediante o *distinguishing*. Além disso, o precedente pode ser revogado, pode ser objeto de *overriding* e *overruling*; o mesmo não ocorre com a coisa julgada.

Em conclusão, para Marinoni, se a coisa julgada prejudica terceiros excluídos do processo, há um problema de inconstitucionalidade. A figura do amicus cúria, que pode participar no processo, poderia colaborar para o problema da defesa inexistente, mas para tanto o amicus cúria deveria ter a faculdade de concordar em se tornar o representante adequado, sujeito à possibilidade de controle pelos interessados. Uma outra saída seria conferir ao Ministério Público ou à Defensoria Pública essa condição.





**CAPÍTULO X**  
**JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E OS LITÍGIOS**  
**ESTRUTURAIS**





# LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LOS LITIGIOS ESTRUCTURALES

PATRICIO MARANIELLO<sup>1</sup>

## INTRODUCCIÓN

El litigio estratégico<sup>2</sup> se enmarca en el conjunto de prácticas legales que conforman el llamado “derecho de interés público” (*public interest law*), denominación bajo la cual se cubren una serie de principios, valores y objetivos, relacionados con la realización de la justicia social y el uso de herramientas jurídicas para promover cambios sociales<sup>3</sup>.

En realidad, la expresión no designa a una rama del derecho, ni a un contenido determinado, sino que pone el énfasis en los sujetos a los cuales se refieren esas prácticas jurídicas, que en general son personas vulnerables. En este contexto se sitúa el litigio estratégico, dentro del cual se enmarcan una serie de prácticas que tienen en común utilizar el litigio judicial como herramienta y tienen como objeto generar cambios estructurales en la sociedad, generalmente en favor de grupos vulnerables o con escasa capacidad de incidencia en la agenda política y social. A los fines

- 1 Juez Federal Civil y Comercial de la Ciudad de Buenos Aires. Presidente de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Vicepresidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Profesor Titular (Catedrático) en la Universidad de Belgrano y en la Universidad de Maimónides. Profesor de la Maestría de Justicia Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad de Bolonia (Italia). Director del Posgrado Intensivo en Derecho Constitucional Judicial en la Universidad de Buenos Aires (UBA).
- 2 TREACY Guillermo F.: “El litigio estratégico: aspectos conceptuales”, Texto de la ponencia presentada en el Panel Nro. 5, “Litigación compleja. Cuestiones terminológicas: litigios estratégicos, litigios de derecho público, litigios estructurales.
- 3 El origen de la expresión puede remontarse a las prácticas de los abogados que luchaban por los derechos civiles en EE. UU. en la segunda mitad del siglo pasado. Louis Brandéis, que luego fuera integrante de la Corte Suprema de ese país, criticaba en un discurso de 1905 a los abogados que “en gran medida se habían dejado convertir en apéndices de las grandes corporaciones, y habían desatendido su obligación de usar sus conocimientos para la defensa del pueblo” (Brandeis, Louis, “The opportunity in the law”, 39 American Law Review, 55-63 (1905). Este espíritu sería recuperado en las décadas de 1960 y 1970, en que muchos egresados de universidades norteamericanas procuraban producir un impacto en las cuestiones sociales que entonces se debatían y se caracterizaban a sí mismos como “abogados de interés público” (“public interest lawyers”) para diferenciarse de los “apéndices de las corporaciones” a que se refería Brandeis

de una primera aproximación conceptual, creemos que el litigio estratégico es una expresión genérica que abarca a distintos tipos de procesos judiciales, que tienen en común el propósito de colocar en la agenda pública asuntos que no reciben suficiente atención por parte de los demás poderes constituidos y generar un impacto en la sociedad<sup>4</sup>.

## 1 - CUESTIONES PREVIAS<sup>5</sup>

Ya desde su denominación, es claro que el acento está puesto en el litigio judicial como estrategia para proteger, promover o hacer garantizar derechos humanos, propiciando una modificación estructural en las políticas públicas. Ello significa que existen otras estrategias posibles (no necesariamente excluyentes) para avanzar en agenda en determinadas cuestiones que no reciben suficiente atención por parte de las autoridades competentes. En efecto, estrategias políticas (como el cabildeo *-lobbying-* ante los distintos poderes públicos), comunicacionales, educativas, financieras, etc. pueden ser formas para visibilizar ciertos problemas ausentes de la agenda pública. Es una tarea de los abogados decidir si los objetivos buscados pueden lograrse principalmente a través de los tribunales o por todos esos medios en forma complementaria.

## 2 - APROXIMACIONES CONCEPTUALES<sup>6</sup>

El caso pionero en cuanto a reformas estructurales a través del litigio, es el célebre caso “Brown v. Board of Education” (347 US 483 [1954]) de la Corte Suprema de Estados Unidos, resuelto en 1954. El caso, relacionado con el ejercicio del derecho a la educación en condiciones de igualdad, dio origen a una serie de pronunciamientos posteriores de aquel tribunal, en

---

4 En tanto que es una herramienta procesal, el litigio estratégico puede también ser empleado por otros actores para avanzar sus intereses particulares. Por ej., una cámara empresarial que intente establecer un precedente judicial en cuanto a una interpretación de las normas (tributarias u otras) favorable a sus miembros; en tal caso, nos hallamos ante un uso “estratégico” del litigio, que nada tiene que ver con la promoción de derechos humanos de sectores postergados.

5 TREACY Guillermo T. op. cit.

6 TREACY Guillermo F. op. cit.

los que se advertía la aparición de un nuevo tipo de litigio.

En 1976 Abram Chayes señaló -en referencia a ciertos litigios que se desarrollaban en la justicia federal de EEUU- que “estamos presenciando la emergencia de un nuevo modelo de litigio civil y creo que nuestra concepción tradicional de la función judicial y las premisas en que se basa provee de un marco que ayuda cada vez menos, y en rigor confunde, cuando se trata de analizar la factibilidad o la legitimidad de los roles del juez y de los tribunales en ese modelo”<sup>7</sup>. De este modo, Chayes contraponía la concepción del litigio civil tradicional -en que el litigio servía de vehículo para que los particulares resolvieran sus conflictos acerca de derechos privados-, del litigio de derecho público, cuyo objeto es la defensa y promoción de políticas constitucionales o legales.

Por su parte, en 1979 Owen Fiss abordó también esa transformación de la función judicial, refiriéndose al “litigio de reforma estructural” (“*structural reform litigation*”)<sup>8</sup>. En la concepción de este autor, el proceso judicial permite a los jueces dar sentido a valores públicos; en el caso del litigio de reforma estructural, el elemento distintivo es el carácter constitucional de esos valores y el hecho de que pone en contacto al poder judicial con burocracias públicas.

Es decir, más allá de la terminología, y algunas diferencias de énfasis en la literatura sobre la materia, el litigio de derecho público es una expresión equivalente al litigio de reforma estructural -o, más sencillamente, litigio estructural-.

Lo relevante es en todo caso subrayar que esta forma de litigio constituye un paradigma diferente del litigio “clásico”, bipolar, en que los tribunales procuran componer un conflicto entre dos partes privadas<sup>9</sup>. Al examinar los posibles cauces procesales del litigio estratégico veremos que a veces también el litigio tradicional puede servir de catalizador de reformas estructurales. En tales hipótesis, aun no tratándose

7 CHAYES, Abram, “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, en 89 Harvard Law Review 1281 (1976).

8 FISS, Owen, “The Forms of Justice”, en: 93 Harvard Law Review 1. El trabajo volvió a publicarse en el libro: *The Law as It Could Be*, New York, NY, New York University Press, 2003, pág. 2.

9 TREACY Guillermo: “El litigio de derecho público y la función judicial: observaciones acerca del control judicial de las políticas públicas” publicado en: Alonso Regueira, Enrique M. (director), *Estudios de Derecho Público*, Buenos Aires, Asociación de Docentes – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – UBA, 2013, pág. 633.

de un litigio estructural, se verifica que el caso adquiere ejemplaridad y seguimiento por los demás tribunales y termina por promover una reforma de la legislación. En este sentido, un litigio “tradicional” puede ser considerado “estratégico”.

### 3 - EL ACCESO A LA JUSTICIA<sup>10</sup>

Una posible justificación del litigio estratégico debe hallarse en la ampliación del derecho de acceso a la justicia. Al tener como objetivo posible la incidencia en las políticas públicas, el litigio estratégico permite que otros sujetos -distintos de los órganos estatales formalmente competentes para adoptarlas- participen en su configuración e implementación.

Por lo tanto, un elemento definitorio del litigio estratégico radica en el hecho de encauzar judicialmente planteos que pueden tener un alto impacto en la sociedad. Algunos autores se refieren al litigio de alto impacto (*high impact litigation*) como sinónimo de litigio estratégico, haciendo hincapié en los efectos que se procura alcanzar.

Ante la aparición de este tipo de litigio, se plantea la cuestión de cuáles son las vías procesales aptas para canalizarlos, en particular, ante la insuficiencia de las regulaciones procesales existentes. En este sentido, en nuestro país, se han hallado soluciones creativas utilizando normas procesales pensadas para otro tipo de litigios, como la acción de amparo de la Ley N° 16.986. En tal sentido, si se admite la legitimidad constitucional de pretensiones orientadas a la reforma estructural, corresponde a los tribunales asegurar cauces procesales para atender pretensiones que, por sus características, exceden del litigio tradicional<sup>11</sup>.

10 TREACY Guillermo F. ob. cit.

11 En el caso “Halabi” (Fallos 332:111) la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que, aunque “la acción colectiva prefigurada en [el artículo 43 CN] no encuentre, en el plano normativo infraconstitucional, un carril procesal apto para hacerla efectiva [...], [e]ste presunto vacío legal no es óbice para que los jueces arbitren las medidas apropiadas y oportunas para una tutela efectiva de los derechos constitucionales que se aducen vulnerados”. En ese entendimiento, el Tribunal diseñó los recaudos de la acción de clase en nuestro derecho. En otras palabras, y a semejanza de lo sucedido en su momento con la acción de amparo, la Corte dio efectividad a una garantía procesal necesaria para asegurar la efectividad de derechos consagrados en la Constitución Nacional, en este caso los de incidencia colectiva

#### 4 - LAS FORMAS DEL LITIGIO ESTRATÉGICO: LAS VÍAS PROCESALES<sup>12</sup>

Existe una pluralidad de vías procesales para canalizar el litigio estratégico: el amparo colectivo, la acción de clase, la acción declarativa, el *habeas corpus* colectivo<sup>13</sup>, juicios ordinarios de impugnación de reglamentos o actos administrativos.

Como ya se adelantó, a veces también un proceso ordinario “tradicional” puede ser considerado un litigio estratégico. En efecto, una pretensión individual puede tener valor estratégico, aun cuando sólo se proponga obtener la solución de un conflicto que sólo atañe al interés individual del litigante, en la medida en que la situación de éste asume el valor de un caso testigo, que fija un precedente judicial que puede tener seguimiento, respecto de un asunto que trasciende el interés de las partes<sup>14</sup>.

Lo “estratégico” de estos litigios está dado por la selección de los casos y en la identificación de circunstancias que permitirán alcanzar un resultado exitoso. Sin embargo, aun cuando no se alcance el éxito en la pretensión, es posible que el litigio alcance otros objetivos deseables: poner el tema en la agenda pública, generar conciencia respecto de las violaciones generalizadas de derechos y, eventualmente, facilitar el empleo de otras estrategias para lograr un cambio (v.gr., acudiendo al Poder Legislativo o a la Administración).

12 TREACY Guillermo F. ob. cit.

13 En el caso “Verbitsky” (Fallos 328:1146 [2005]) la Corte abordó la situación de las cárceles en la provincia de Buenos Aires, estableciendo una serie de medidas concretas –dirigidas a los poderes públicos de esa provincia– tendientes a mejorar las condiciones de detención de las personas allí alojadas.

14 En el caso “Sejean” (Fallos 308:2268), de 1986, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de la entonces vigente Ley de Matrimonio Civil, que establecía la indisolubilidad del vínculo conyugal. El proceso –una acción tendiente a obtener la separación personal, donde se planteó la cuestión constitucional– terminó por precipitar la reforma de la legislación civil en la materia, que el Congreso sancionó en 1987. Del mismo modo, una serie de pronunciamientos judiciales de primera y segunda instancia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de otras provincias, en torno a la inconstitucionalidad de la exigencia de diversidad de sexos para contraer matrimonio, impulsó la reforma legislativa en 2010, en que el Congreso aprobó la Ley de Matrimonio Igualitario

## 5 - EL DESARROLLO DEL LITIGIO ESTRATÉGICO<sup>15</sup>

Distintos factores han incidido en el desarrollo del litigio estratégico y en su instalación en la cultura de los litigantes de derechos humanos.

En nuestro país, la adopción con jerarquía constitucional de una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos luego de la reforma constitucional de 1994 consolidó un fenómeno que se venía verificando con anterioridad, al hacer justiciables las violaciones a los derechos humanos, en particular en casos donde se verificaba un patrón de conducta sistemático contrario a la vigencia de tales derechos. También contribuyó a ello la evolución del control de constitucionalidad, en particular mediante la admisión de que fuera ejercido de oficio por los tribunales (Fallos 335:2333).

Más recientemente, el control de convencionalidad -derivación necesaria del control de constitucionalidad (en tanto las convenciones de derechos humanos forman parte del parámetro de constitucionalidad)- ha permitido invocar normas internacionales incorporadas a nuestro derecho interno. Del mismo modo, vías como la inconstitucionalidad por omisión, permiten controlar la falta de ejecución (o la ejecución insuficiente) de políticas públicas tendientes a asegurar un derecho.

Otro factor para mencionar, en apretada síntesis, es la consagración constitucional del derecho de igualdad, entendida no sólo en el sentido clásico de no discriminación, sino también como no sometimiento; ello ha abierto la puerta a reclamos judiciales en favor de grupos desaventajados (art. 75 inc. 23 CN) en particular ante la violación de los derechos económicos, sociales y culturales.

También pueden influir los remedios adoptados en el ámbito de los tribunales internacionales de derechos humanos: aun cuando la intervención de estos se origina en una violación puntual de derechos, a menudo se prevén reparaciones genéricas (derogación de normas anticonvencionales, actividades educativas, etc.) destinadas a generar un impacto en los sistemas jurídicos de los Estados parte. En relación con esto último, los litigios en el sistema interamericano de derechos humanos han servido como catalizadores de reformas estructurales, abriendo nuevas posibilidades de litigio por parte de la sociedad civil, tendientes a asegurar la efectiva vigencia de los derechos.

---

15 TREACY Guillermo F. ob. cit.

## **6 - LOS OBJETIVOS DEL LITIGIO ESTRATÉGICO ¿CUÁLES SON LOS OBJETIVOS POSIBLES DE UN LITIGIO ESTRATÉGICO?<sup>16</sup>**

En primer lugar, su finalidad se orienta a producir un cambio en las políticas públicas y la promoción de los derechos humanos, en particular, respecto de grupos desaventajados. Entre otros, suelen identificarse los siguientes objetivos:

- Cambiar una Ley o política que viola la constitución o normas internacionales de derechos humanos.
- Identificar las discordancias entre los estándares internos y los estándares internacionales en materia de derechos humanos.
- Garantizar que las Leyes sean aplicadas e interpretadas correctamente.

## **7 - LA ESTRUCTURA DEL LITIGIO ESTRATÉGICO. BREVE CARACTERIZACIÓN<sup>17</sup>**

Cuando el litigio persigue una reforma estructural de manera explícita, sus características revelan diferencias con respecto al litigio clásico<sup>18</sup>. Estas diferencias se verifican en distintos aspectos:

- a) los sujetos del litigio, casi siempre constituidos por grupos que padecen una situación de desventaja en cuanto al efectivo goce de derechos<sup>19</sup>, o bien mediante la intervención de actores institucionales (organizaciones de la sociedad civil, el Defensor del Pueblo o el Ministerio Público)<sup>20</sup>.
- b) el objeto del proceso es el enjuiciamiento de una política pú-

16 TREACY Guillermo F. ob. cit.

17 TREACY Guillermo F. ob. cit.

18 Hemos examinado estas diferencias con mayor detalle en nuestro trabajo citado en la nota 4.

19 A menudo es necesario “construir” el colectivo que será actor en el proceso, lo cual demanda de los abogados creatividad y un acompañamiento de esas personas mientras tramita su pretensión.

20 Cabe advertir que la Corte Suprema argentina ha insistido en la necesidad de la existencia de un caso o controversia en los litigios colectivos, es decir, no ha admitido acciones populares (véase “Halabi”, cit.). Sin llegar a suprimir el requisito, ciertamente ha ampliado el número de sujetos legitimados para accionar en interés público, en consonancia con el artículo 43 segundo párrafo CN



blica, ya sea por omisión o por una implementación insuficiente, o bien de una práctica estatal o de particulares que resulta contraria a estándares constitucionales o internacionales;

c) el remedio consiste en la adopción de medidas concretas para evitar la reproducción de una situación de sistemática negación de derechos, respecto de personas o grupos víctimas de lesiones a sus derechos. Así y todo, su implementación es compleja y requiere la colaboración de todos los actores del litigio.

## 8 - DESARROLLO EN AMÉRICA LATINA<sup>21</sup>

En América Latina se ha experimentado una singular multiplicación de litigios relativos a asuntos de interés público, los que parecen resignificar el rol de la justicia y el derecho en la regulación de la vida social. Se trata de procesos judiciales que son instados, frecuentemente, por organizaciones de la sociedad civil, las clínicas jurídicas universitarias, e incluso por abogados del Estado.

En esos casos se han judicializado mega conflictos ambientales, tales como:

- La paradigmática causa “Mendoza” en Argentina<sup>22</sup>;
- Conflictos urbanos de magnitudes colosales como el caso de las poblaciones desplazadas de sus territorios de origen, a raíz del conflicto armado colombiano<sup>23</sup>;
- Casos trascendentales en cuestiones de género, como el litigio de “María da Penha” en Brasil,<sup>24</sup>

21 PUGA, Mariela: “La cuestión terminológica: Litigio Estructural”, ponencia presentada en el carácter de Directora del Panel Nro. 5, “Litigación compleja. Cuestiones terminológicas: litigios estratégicos, litigios de derecho público, litigios estructurales”. 2º Núcleo temático: Litigios complejos y efectividad de los Derechos Fundamentales.

22 Este caso se refiere a la contaminación de la cuenca Matanza- Riachuelo y fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, el 8 de Julio del 2008, “Mendoza Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza- Riachuelo”.

23 Este caso dio lugar a la célebre sentencia T025 de la Corte Constitucional Colombiana.

24 En 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos responsabilizó al Estado de Brasil por omisión, negligencia y tolerancia en relación con la violencia doméstica contra las mujeres brasileñas. Consideró que en este caso se daban las condiciones de violencia doméstica y de tolerancia por el Estado definidas en la Convención

- Conflictos relativos al mal funcionamiento de instituciones estatales, como la afamada causa “Verbitsky”<sup>25</sup>,
- Como así también, cuestiones relativas a la discriminación de diversos grupos vulnerables, o a la injusticia distributiva en la prestación de servicios sociales, entre los cuales, el litigio en materia de salud ya constituye todo un campo de estudio aparte.

Muchas son las denominaciones que se han desarrollado en América Latina, tales como, “litigio estratégico”, “litigio de impacto”, “litigio de interés público”, “litigio colectivo”, “litigio estructural”, “litigio complejo”, entre otros. Si bien estos se nos aparecen como conceptos nuevos en nuestra región, en verdad son conceptos, en general, trasplantados de la experiencia litigiosa norteamericana, donde tienen ya más de un siglo de antigüedad. Allí se habla de “*impact litigation*”, “*complex litigation*”, “*public litigation*”, “*structural cases*”, “*collective suits*”, “*class actions*”, etc.

Cuando los doctrinarios latinoamericanos reflexionan sobre este fenómeno, usan alguno o varios de esos múltiples conceptos, y buscan un denominador común para identificarlo. En esa búsqueda, a veces ligan estos conceptos a ciertos objetivos que se presumen propios de este tipo de litigio:

- Lograr un efecto significativo sobre las políticas públicas o legislación.
- Estimular la búsqueda de la realización más completa del derecho en la práctica.
- Generar visibilidad para los grupos menos favorecidos y sus problemáticas.
- Reformar instituciones públicas arraigadamente deficitarias.

Otras veces, y en busca de ese denominador común, los conceptos mencionados se vinculan con una serie de características que se tienen por definitorias. Entre ellas se destacan:

- La participación de una multiplicidad de actores procesales en el litigio.
- El uso de herramientas procesales colectivas (como el “amparo colectivo”, el “amparo sindical”, o la acción colectiva de consumidores en Argentina,

---

de Belém do Pará y que existía responsabilidad por la falta de cumplimiento a los deberes. Informe N° 54/01, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, Brasil, 16 de abril de 2001 Recuperado de: <http://www.cladem.org/programas/litigio/litigios-internacionales/12-litigios-internacionales-oea/27-caso-maria-da-penha-brasil-violencia-domestica-contra-las-mujeres>.

25 En el caso se demanda ante la Corte Suprema de Justicia de Argentina, a la Provincia de Buenos Aires por la situación de hacinamiento en que se encontraban las personas privadas de su libertad en las cárceles y comisarias bonaerenses (ver, CSJN, “Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus”, 3 de mayo de 2005).

la “acción civil pública” en Brasil, la “acción popular” y la “acción de grupo” en Colombia, la “acción colectiva” en México, la acción colectiva de consumidores en Perú, y la *class action* en Estados Unidos, entre muchas otras).

- La existencia de un hecho común, o causa común estructural que da origen al conflicto que se judicializa.

- La invocación de cierto tipo de derechos, en especial los llamados derechos de segunda y tercera generación, como los derechos sociales, los que aparecen como las formas jurídicas propicias para alentar litigios de este tipo.

- Resoluciones judiciales que establecen remedios judiciales complejos, los que suponen múltiples medidas ordenadas por los jueces, y la apertura de procesos de implementación largos, supervisados por el juez.

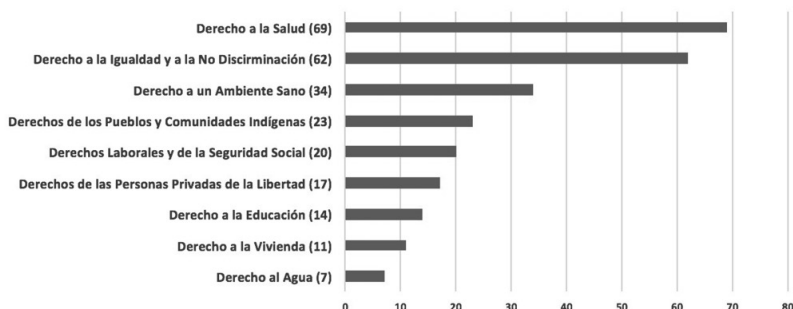
Ahora bien, este recuento demuestra que si bien se han dado pasos importantes en busca de una definición conceptual del fenómeno judicial que se intenta nombrar, esa definición es todavía un desafío en ciernes. Hasta ahora, la variedad terminológica en danza ayuda poco a guiar en el abordaje de ese desafío.

En un estudio desarrollado por el Ministerio Público Fiscal de la ciudad de Buenos Aires, sobre sentencias de litigio estructural en todo Latinoamérica, dio como resultado que entre los años 1990 al 2017, se dictaron 273 resoluciones, de las cuales la temática más desarrollada fue el derecho a la salud con 69 decisiones, mientras la menos tratada fue el derecho al agua con 7 decisiones (Ver cuadro I).

CUADRO I

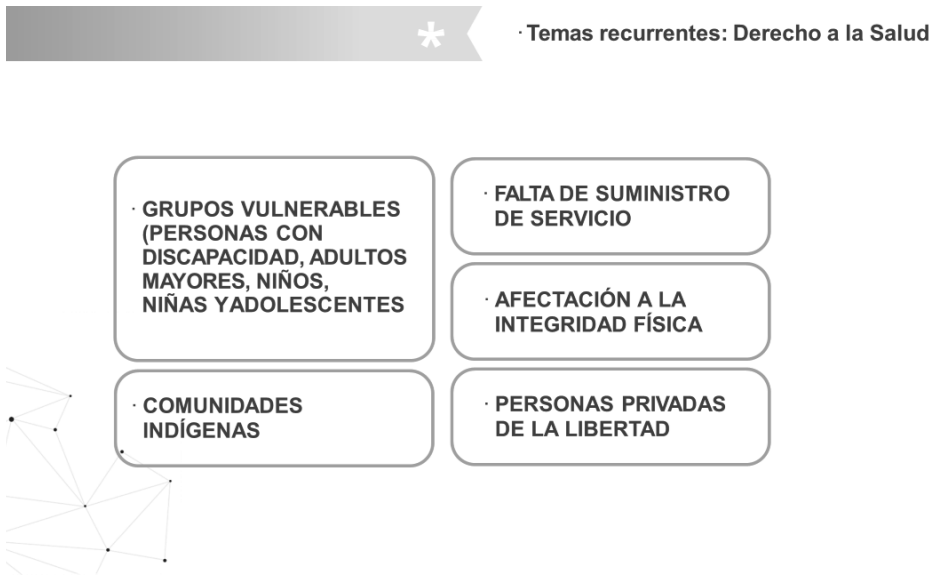
Grupos de Sentencias

### Principales temáticas



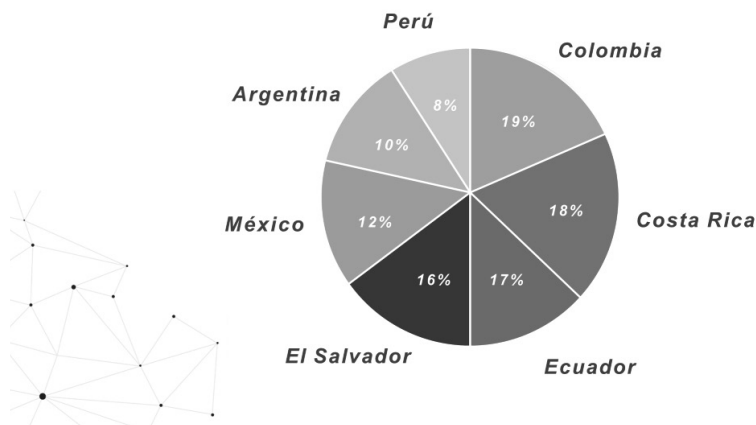
Dentro de la temática de derecho a la salud, que fuera la que más decisiones han abordado los tribunales de Latinoamérica, tenemos: Grupos vulnerables (discapacidad, personas mayores, menores, etc..), comunidades indígenas, falta de suministro de servicio, afectación a la integridad física y sobre personas privadas de su libertad (Ver cuadro II).

## CUADRO II



Y entre los países que más han dictado sentencias de este tipo tenemos a Colombia con el 19% de los casos, y el que menos ha desarrollado fue Perú con el 8%, el resto de los países no han tenido sentencias de este tipo o fueron llevados a cabo de un modo o forma diferente (Ver Cuadro III). En el estudio de los casos hemos notado que la cantidad de litigio estructural ha tenido un desarrollo muy importante luego del año 2010, donde quizás sea una esperanza a los efectos de obtener una protección social rápida, expedita, dinámica y efectiva.

CUADRO III



**9 - ENFOQUES CONCEPTUALES<sup>26</sup>**

Hay tres enfoques centrales que instan a enfatizar ciertas características del litigio complejo, y de esa manera, promueven el uso de distintos términos para identificarlo.

• En primer lugar, está el enfoque estrictamente jurídico, del cual darían cuenta nominaciones tales como “litigio colectivo”, “litigio estructural” y “litigio de derechos sociales”.

◦ La idea de “litigio colectivo” se asienta, frecuentemente, en una conceptualización jurídico-procesal del litigio, y enfatiza la relevancia de las reglas de procedimiento que se aplican al caso. Un amparo colectivo o una acción popular típicamente encarnan a este tipo de casos, más allá del tipo de conflicto que ellos aborden, o de los efectos sociales que tenga o no la intervención judicial.

◦ El concepto de “litigio de derechos sociales”, en cambio, se asienta en la categorización de los derechos invocados por las partes, y/o por el juez en su decisorio. La fuente de distinción son los Tratados y la teoría de los Derechos Humanos, desde donde se distingue los derechos civiles y políticos, de los derechos económicos

26 PUGA, Mariela, ob. cit.

sociales y culturales, según el contenido de la pretensión del titular del derecho. Esta categorización genera en el campo del derecho gigantescos debates sobre la operatividad, y sobre la exigibilidad de los derechos<sup>27</sup>, los que eventualmente teñirían (o determinarían) la caracterización de las decisiones judiciales asentadas en el reconocimiento de alguno de estos derechos.

◉ Finalmente, la idea de “litigio estructural”, como lo he sostenido en otra parte<sup>28</sup>, se desarrolla desde la perspectiva de la teoría del derecho, y en particular, enfatiza la tipología causal que se refleja en la atribución de responsabilidad por un agravio jurídico. Aquí no importa qué derecho se invoca, ni qué reglas procesales se aplican al caso. Lo relevante es qué caso resuelve la justicia en la *litis*.

Desde otra perspectiva, a la que llamaré socio-jurídica, el énfasis se encontraría más bien en el derecho en acción, antes que en sus reglas o teorías explicativas (procesales o substantivas). Esta perspectiva cobija conceptos tales como el de “litigio de impacto”, o incluso, y con un énfasis diferente al jurídico, términos como “litigio estructural o de reforma estructural”.

Así, partiendo predominantemente de la observación empírica, se evaluará y calificará a cierto tipo de litigio como “de impacto” en la medida en que la decisión judicial pueda vincularse con efectos sociales diversos y ampliados en el ámbito de las relaciones sociales (no sólo con los efectos establecidos en el resolutorio de la sentencia), y/o con impactos en la percepción social sobre cuestiones públicas, la que se atribuiría a la decisión judicial<sup>29</sup>.

El uso de la terminología de “litigio estructural” desde la perspectiva socio-jurídica asume la existencia de cierto tipo de cuestiones so-

---

27 En este sentido, sobresalen los trabajos de Abramovich, V. y Courtis, C. (2002).

28 Puga (2013) Litigio Estructural (Tesis Doctoral Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina). Recuperada de [https://www.researchgate.net/publication/251231477\\_LITIGIO\\_ESTRUCTURAL\\_-\\_Tesis\\_Doctoral\\_Mariela\\_Puga](https://www.researchgate.net/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL_-_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga).

29 SIRI GLOPPEN, por ejemplo, señala que una metodología realista para valorar la extensión del efecto transformativo de una sentencia es mirar cualitativamente a sus ripple effects, algo así como los “oleajes” que causa. Ello significa, según afirma, investigar cuidadosamente los pasos tomados para cumplir con ella, y examinar si ellos han llevado a cambios en las leyes, las regulaciones y las políticas, o han cambiado el patrón de decisión de las cortes inferiores, o las normas aplicadas por otras instituciones, por ejemplo, en el monitoreo de los estándares de las comisiones de derechos humanos. Este es el tipo de observaciones que lleva a la conceptualización del litigio en estructural o de impacto desde una perspectiva socio-jurídica (Siri Gloppen, Roberto Gargarella, Elin Skaar, Routledge, Frank Cass, London, del 1 de marzo de 2004).

ciales que se tienen por estructurales, como contracara de cuestiones más bien aisladas o eventuales.

Cuando una decisión judicial aborda, y/o tiene impacto en algunas de esas cuestiones estructurales, y observables de la vida social, el término preferido para calificar a la acción judicial es la de “litigio de reforma estructural”<sup>30</sup>.

Por último, las perspectivas que llamaría jurídico-políticas, están concentradas en la finalidad política que buscan los demandantes, e incluso el mismo juez en su decisión, o bien, enfatizan el impacto concreto de la decisión judicial o de la mera interposición de la demanda, en materia de funciones políticas, o posiciones políticas de actores sociales. Con este énfasis, se suele hablar de “litigio de interés público”, “litigio estratégico”, también “litigio de alto impacto”, y recientemente, de casos de “activismo judicial”. Antes que la observación empírica concreta de los efectos y la concreción de éstos, interesan las motivaciones o funciones abstractas de la intervención judicial.

Un buen ejemplo es la definición que da Martín Böhmer de la práctica del derecho de interés público (en la cual se incluye el litigio de interés público), como “aquella que utiliza conscientemente las formas del derecho para incluir en la deliberación democrática a quienes han quedado excluidos, para mantener los procesos que garantizan esa deliberación y para preservar los acuerdos semánticos en los que se expresa el lenguaje del derecho...”<sup>31</sup>.

En igual sentido, Correa<sup>32</sup> señala que el llamado litigio de alto impacto “consiste en la estrategia de seleccionar, analizar y poner en marcha el litigio de ciertos casos que permitan lograr un efecto significativo en las políticas públicas, la legislación y la sociedad civil de un estado o región... de modo que sea posible lograr cambios sociales substanciales”.

---

30 Vale aclarar que hay quienes utilizan un concepto híbrido, entre jurídico y socio-jurídico de litigio de reforma estructural.

31 BÖHMER, M. (2005) Introducción. En Maurino, G., Nino, E. Sigal, M. (2005) Las Acciones Colectivas. Análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado (Buenos Aires. Lexis Nexis), p. 5.

32 CORREA, L. (2008) Litigio de Alto Impacto: Estrategias alternativas para enseñar y ejercer el derecho. Opinión Jurídica, N° 14, p. 149-162.

## 10 - REFLEXIÓN FINAL

Como hemos visto se ha definido al caso estructural como aquel que extiende el territorio de lo justiciable más allá de los intereses de las partes procesales. Sostuve que tal expansión es un hecho jurídico antes que un hecho empírico, es decir, basta que la normatividad de la decisión pretenda regular relaciones jurídicas que trascienden a las partes procesales (pretensión regulativa de la decisión), para que estemos ante un caso estructural.

Ello es así aun cuando esa pretensión estructural no se haga efectiva, y aun cuando la orden resolutive de la sentencia tenga un alcance diferente<sup>33</sup>. De manera que aún sin “impacto” estructural o “reforma estructural”, e independientemente de cuál haya sido la “motivación socio-política” de los litigantes o del juez que toma la decisión, un caso puede ser estructural, en términos jurídicos, cuando regule relaciones por fuera de las partes procesales.

En este sentido será estructural un caso tanto si se invocan derechos sociales, como derechos civiles y políticos, y podrá haber casos de derechos sociales que no sean estructurales. De igual forma, podría haber casos estructurales que no se tramiten por vías colectivas, aunque todo caso tramitado de forma colectiva será, seguramente, un caso estructural<sup>34</sup>.

---

33 PUGA, Mariela (2015) Litigio Estructural. Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo. Año 1 (número 2), p. 41-82.

34 PUGA, Mariela (2013) Litigio Estructural (Tesis Doctoral Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina). Recuperada de [https://www.researchgate.net/publication/251231477\\_LITIGIO\\_ESTRUCTURAL\\_-\\_Tesis\\_Doctoral\\_Mariela\\_Puga](https://www.researchgate.net/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL_-_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga).





# DEMOCRACIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS, JURISDIÇÃO: TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO

ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

A presente investigação tem por objeto a discussão sobre democracia, direitos fundamentais e jurisdição, especificamente no ponto que diz com a aplicação da proporcionalidade para medir o grau de intensidade de violação nos direitos fundamentais por conta das decisões do legislador democraticamente legitimado. Esse debate pressupõe que decisões do legislador podem restringir direitos fundamentais e que o controle da extensão da restrição ou limitação é tarefa da jurisdição constitucional. O problema que se coloca é que no exercício desse controle com base na proporcionalidade, a jurisdição pode abarcar espaço de competência do legislador democraticamente legitimado. Então, em nome da proteção de direitos fundamentais, a jurisdição constitucional pode violar o princípio da democracia. Então, a questão central é como controlar o guarda da constituição, de modo que a proteção dos direitos fundamentais não represente risco à democracia.

Esse tema coloca a discussão sobre a delimitação de competência entre o legislador e os tribunais ordinários e constitucionais para a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais e, assim, cuida da tensão entre o princípio democrático e os direitos fundamentais<sup>2</sup>. O princípio democrático diz que compete ao legislador harmonizar e restringir direitos fundamentais, ponderando os interesses e bens no espaço das escolhas políticas. O fundamento dessa competência está exatamente na necessidade de proteção dos direitos fundamentais que, por seu lado, constituem pressuposto para a democracia. Os direitos fundamentais vinculam o legislador, estabelecendo limites ao princípio da maioria, de tal sorte que as decisões políticas do legislador não possam restringir, para além do autorizado pela Constituição, os direitos fundamentais.

---

1 Doutor em Direito (UFRGS). Professor coordenador do PPGD/FMP. Professor Titular da Faculdade de Direito da FMP. Procurador de Justiça, RS. E-mail: piresgaviao@hotmail.com.

2 (ALLAN, 2012, p. 151).

Com isso, fica colocada a permanente tensão entre democracia e direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são democráticos porque asseguram o desenvolvimento de pessoas capazes de manter o processo democrático e, ao mesmo tempo, eles mantêm as condições funcionais da democracia. Mas, os direitos fundamentais reduzem o espaço de decisão do legislador democraticamente legitimado, subtraindo da maioria parlamentar poderes de decisão política.

Ao aplicar a proporcionalidade, ponderando direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos, para além do decidido pelo legislador, a jurisdição constitucional não apenas interpreta, mas produz algo como uma “concretização jurídico-criativa”, que é um fenômeno jurídico de atribuição de conteúdo desde fora do sistema jurídico<sup>3</sup>. O resultado é a predeterminação dos conteúdos normativos indeterminados e um aumento do pré-estabelecido normativo a partir da Constituição. Cada vez mais, o legislador tem reduzido o seu poder conformador e o processo político democrático perde em importância<sup>4</sup>.

O problema está em que proporcionalidade não se orienta por intermédio de parâmetros referenciais jurídicos, mas resulta de valorações dirigidas a um fim recolhidas de fora do ordenamento jurídico, abrindo caminho para avaliações subjetivas e, assim, para que a jurisdição constitucional, ao estabelecer as relações de precedência entre direitos fundamentais e bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos, ocupe o espaço de conformação política do legislador. A responsabilidade para compor e ajustar interesses em conflitos seria do legislador democraticamente legitimado e não da jurisdição constitucional<sup>5</sup>.

Uma via para o enfrentamento dessa discussão é a da teoria da margem de apreciação. Ela pressupõe um conceito de Constituição capaz de compatibilizar uma ordenação fundamental com uma ordenação-quadro sob a base da distinção entre margem de apreciação estrutural e margem de apreciação epistêmica, dentro das quais o legislador está liberado para a conformação legislativa. Com isso, é possível conciliar democracia, proteção dos direitos fundamentais e competência da jurisdição constitucional<sup>6</sup>, notadamente pelo reconhecimento de deferência jurisdicional às decisões políticas do legislador que se acham na sua margem de apreciação.

3 (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 131).

4 (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 135-136); (HABERMAS, 1992, p. 315)

5 (TSAKYRAKIS, 2009, P. 472).

6 (ALLAN, 2014, p. 223).

O que segue tem o propósito de justificar essa formulação.

A discussão está desenvolvida, em primeiro lugar, com a ideia central da teoria da margem de apreciação. Na sequência, cuida-se da distinção entre margem de apreciação estrutural e margem de apreciação epistêmica. Em relação à última, a discussão traz a distinção entre margem de apreciação epistêmica empírica e margem de apreciação epistêmica normativa. A conclusão traz a formulação de que o que se acha na área da margem de apreciação do legislador está fora do controle jurisdicional.

## A TEORIA DA MARGEM DE APECIAÇÃO

A teoria da margem de apreciação tem por objeto cuidar exatamente da deferência que a jurisdicional constitucional deve prestar às decisões do legislador democraticamente escolhido ao aplicar a proporcionalidade<sup>7</sup>. Por isso mesmo, o reconhecimento da margem de apreciação do legislador ou da deferência jurisdicional às decisões políticas do legislador democraticamente legitimado deve ser compartilhada com a proteção dos direitos fundamentais. Quanto maior margem de apreciação ou mais extensa a deferência jurisdicional, menor o grau de intensidade do controle jurisdicional sobre intervenções em direitos fundamentais. Por isso mesmo, a teoria da margem de apreciação é central para a proporcionalidade.

A teoria da margem de apreciação é decisiva porque fundamenta a conciliação entre direitos fundamentais e democracia ao propor, entre uma sobreconstitucionalização e uma subconstitucionalização, a constitucionalização adequada<sup>8</sup>. Com ela, os princípios formais e, assim, a dimensão formal dos direitos fundamentais, entram em cena no jogo de princípios guiado pela proporcionalidade e ponderação. O seu mérito está em responder corretamente tanto ao não cognitivismo<sup>9</sup> como ao cognitivismo extremo<sup>10</sup>.

7 (RIVERS, p. 182).

8 (ALEXY, 2007b, p. 345).

9 Ele diz que a jurisdição constitucional não pode cuidar da constitucionalidade material das medidas legislativas sob o ponto de vista substancial, mas somente as questões de ordem procedimental (ELY, 1980, p. 117).

10 Ele diz que a jurisdição constitucional é capaz de encontrar, a partir dos precedentes, da tradição e dos princípios e dos valores atuais da comunidade, para cada caso, uma solução substancial correta (DWORKIN, 1978, p. 129-130).

Uma Constituição pode ser tomada como ordenação-quadro ou ordenação fundamental. Uma Constituição<sup>11</sup> como ordenação-quadro estabelece ao legislador democraticamente legitimado algo como um quadro. Nesse quadro, ela proíbe, permite ou libera. O proibido é o impossível jurídico-constitucionalmente, o ordenado é o necessário e o liberado é o possível. O que está liberado ou é possível é o próprio quadro. O que é proibido ou impossível, *forma*, juntamente com o ordenado ou necessário, o quadro<sup>12</sup>.

Uma Constituição é uma ordenação fundamental no sentido quantitativo quando ela não libera nada, de tal modo que tem uma ordem ou uma proibição para tudo. Essa concepção da Constituição como ordenação fundamental em sentido quantitativo é incompatível com a concepção de Constituição como ordenação-quadro. As razões são óbvias. Contudo, uma Constituição como uma ordenação fundamental em sentido qualitativo é compatível com a concepção de Constituição como ordenação-quadro. Isso porque uma Constituição como ordem fundamental qualitativa decide apenas sobre “aquelas questões que são fundamentais da comunidade”, deixando aberta a via para decisões sobre outras questões. Essa é uma Constituição como ordem fundamental e como ordenação-quadro<sup>13</sup>. O equilíbrio entre a ordenação fundamental e a ordenação-quadro e, assim, a constitucionalização adequada, é alcançado pela teoria da margem de apreciação.

A margem de apreciação é constituída pela liberdade de conformação ou de atuação do legislador deixado livre pela Constituição. Ela pode ser estrutural e epistêmica ou cognitiva. O limite dessa margem de apreciação deixada para o legislador termina quando começa o que está determinado. A Constituição determina quando estabelece uma obrigação ou proibição.

## MARGEM DE APRECIÇÃO ESTRUTURAL

O teste da proporcionalidade não exclui a margem de apreciação estrutural necessária à configuração de uma Constituição como ordenação-quadro. Na margem de apreciação estrutural do quadro, o legislador está liberado para escolher as finalidades, as medidas a serem adotadas e

11 (RIVERS, p. 167).

12 (ALEXY, 2007a, p. 77).

13 (ALEXY, 2007a, p. 78).

o grau de realização dos direitos fundamentais e dos bens coletivos constitucionalmente protegidos ou o interesse público<sup>14</sup>. Evidentemente, a determinação da margem estrutural está na dependência da relação entre os três testes parciais, principalmente a relação entre o teste da necessidade e o teste da proporcionalidade em sentido restrito, ou seja, a ponderação<sup>15</sup>.

A margem de apreciação estrutural define-se pela ausência de ordens e proibições definitivas. Quando a Constituição não ordena e nem proíbe uma determinada ação, ela deixa o legislador liberado para determinar finalidade, escolher meios e fazer ponderações. O que a Constituição libera definitivamente pertence à margem de apreciação estrutural e sobre ela não há controle judicial-constitucional, porque ali termina a normatividade material definitiva da Constituição<sup>16</sup>. A margem de apreciação estrutural pode ser usada para a determinação de finalidade, escolha do meio e fazer ponderação.

Há margem de apreciação para determinação da finalidade pelo legislador quando o direito fundamental contém uma autorização de intervenção, mas não ordena ou proíbe uma determinada ação. O legislador é livre não somente para selecionar a finalidade como também para escolher a medida da sua realização. O teste da idoneidade serve para excluir uma medida inidônea. Cuida-se de um critério negativo que exclui todas as medidas não idôneas, mas deixa aberta margem de apreciação do legislador para a escolha de todas as outras medidas idôneas. A margem de apreciação do legislador para livremente escolher os fins é ampla e assim extensa deve ser a deferência jurisdicional. Ele pode escolher entre os mais variados fins legítimos. O único limite dado ao legislador é em relação a medidas que, de nenhum modo, contribuem para a realização do fim<sup>17</sup>. Evidentemente, a liberdade do legislador para determinar a finalidade depende do que estabelecem os outros dois testes parciais da proporcionalidade<sup>18</sup>. Mas, então, se o teste da idoneidade não determina tudo, deixando margem livre para outras medidas idôneas, então ele se mostra compatível com a Constituição como ordenação-quadro.

Não é diferente o que ocorre com o teste da necessidade. Como critério negativo, ele serve para excluir, dentre as medidas idôneas, as

14 (RIVERS, 2007, p. 170).

15 (RIVERS, 2007, p. 171).

16 (ALEXY, 2007a, p. 79).

17 (KLATT; MEISTER, 2012, p. 79).

18 (ALEXY, 2007a, p. 80).

medidas mais gravosas. Dizer que o legislador, ao perseguir o seu objetivo de prevenir doenças, deve escolher as medidas com menor intensidade de intervenção em outros princípios ou bens coletivos não significa exigência de otimização ao ponto máximo, mas implica evitar sacrifícios desnecessários. Se o teste parcial da necessidade não determina tudo, deixando aberta a margem de ação para escolha de qualquer das medidas necessárias, então não há incompatibilidade com a Constituição como ordenação-quadro<sup>19</sup>

A margem de apreciação para a escolha dos meios aparece quando os direitos fundamentais não somente proíbem intervenções, mas, também, ordenam ações positivas, especialmente de proteção. Quando várias medidas são igualmente idôneas para alcançar uma finalidade, o legislador pode livremente escolher qualquer uma delas<sup>20</sup>. Se dois medicamentos diferentes são idôneos para tratar de um determinado diagnóstico, o dever estatal de proteção à saúde da população não exige que os dois sejam disponibilizados, bastando que um deles seja fornecido para realização do direito fundamental à saúde. Se eles têm o mesmo custo e a mesma eficácia, o legislador está liberado para escolher. Contudo, se eles realizam a finalidade em diferentes graus ou se não há segurança quanto o grau de realização dessa finalidade ou, ainda, se um custa o dobro do outro, coloca-se a questão da combinação de margens de apreciação. A questão não se resolve apenas pela margem de apreciação estrutural.

Nesse caso, a determinação da medida necessária e proporcional depende da margem da ponderação e da margem de apreciação epistêmica, considerando a intensidade de intervenção em outros direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos. O limite traçado para o legislador é o de que estão proibidas, dentre as medidas igualmente idôneas, apenas as medidas mais gravosas. Fora disso, o legislador é livre e nada lhe é determinado positivamente.

A margem de apreciação da ponderação é parte essencial da teoria da margem de apreciação, correspondendo ao papel que nela desempenha o teste da proporcionalidade<sup>21</sup>.

Otimização dos direitos fundamentais não é otimização máxima. O grau de otimização depende sempre das possibilidades fáticas e jurídicas.

A compatibilidade entre ponderação e a Constituição como or-

19 (ALEXY, 2002, p. 399).

20 (KLATT; MEISTER, 2012, p. 79).

21 (ALEXY, 2007a, p. 81).

denação-quadro depende de se, pela ponderação mesma, algo resulta determinado ou não resulta determinado. A lei material da ponderação diz que quanto maior a intensidade da intervenção em um direito fundamental, maior deve ser a importância da realização de outro direito fundamental<sup>22</sup>. É a partir dessa formulação que se pode verificar o que a Constituição ordena ou proíbe definitivamente. Quando o resultado da ponderação é um empate, a Constituição nada decide. Ela simplesmente libera o que reside no quadro. O liberado é a margem de apreciação estrutural de conformação, de atuação e de ponderação livres para o legislador.

A questão que se coloca imediatamente é quanto se tem um empate e, assim, margem de apreciação estrutural de ação livre para o legislador. A verificação de um empate depende da atribuição de graus de intensidade de intervenção em um princípio e graus de importância de realização em outro princípio e do modelo de escala empregado – triádico simples ou triádico duplo. Evidentemente, uma escala triádica simples, contando apenas com os graus leve, médio e grave, produz mais empates e, assim, maior é o espaço de ponderação para o legislador. Os casos de empates desembocam na margem de apreciação do legislador<sup>23</sup>. Contudo, a possibilidade de empates se reduz no caso do modelo triádico duplo. É que um refinamento quanto aos graus de intervenção e de importância desse tipo resulta em nove graus. É o caso se os graus leve, médio e grave, são usados mais uma vez. O resultado da aplicação desse modelo triádico mais refinado é que a ponderação produz menos empates, reduzindo a margem de apreciação estrutural do legislador<sup>24</sup>. O que isso significa é que a adoção dessa escala mais refinada do modelo triádico duplo aumenta o controle jurisdicional sobre a margem de apreciação do legislador. O adotar uma escala mais ou menos fina significa maior ou menor controle jurisdicional sobre a margem de apreciação da ponderação legislador. Aliás, a margem de apreciação da ponderação do legislador será inversamente proporcional a habilidade dos tribunais para avaliar o grau da importância de realização do direito fundamental ou bem coletivo apresentada para justificar a intervenção<sup>25</sup>. Por isso mesmo, pode ser formulado que quanto maior a intensidade de intervenção em um direito fundamental, maior deve ser o refinamento da escala de ava-

22 (ALEXY, 2007b, p. 345).

23 (KLATT; MEISTER, 2012, p. 148).

24 (ALEXY, 2007a, p. 88).

25 (RIVERS, 2008, p. 184).



liação da intensidade de intervenção e do grau de importância da realização do direito fundamental<sup>26</sup>.

De qualquer modo, uma eliminação total de empates e uma redução do espaço de ponderação do legislador a zero estão excluídas. Mesmo no caso do refinamento alcançado pelo modelo triádico duplo, os empates são possíveis. Além disso, uma atribuição de graus refinada nem sempre pode ser perseguida, sobrando muitos casos de “empates autênticos” e, assim, margem para livre ponderação do legislador<sup>27</sup>.

Com isso, então, fica assegurada a compatibilidade entre a ponderação e a Constituição como ordenação-quadro.

### **MARGEM DE APRECIÇÃO EPISTÊMICA**

A margem de apreciação epistêmica não cuida dos limites entre aquilo que a Constituição ordena ou proíbe, mas dos “limites da capacidade de cognição do que a Constituição” ordena, proíbe ou libera<sup>28</sup>. Portanto, a margem de apreciação epistêmica surge quando não há certeza sobre o que está ordenado, proibido ou liberado pela Constituição. Quando é o caso de margens epistêmicas, o legislador está liberado para fazer as suas escolhas quanto às finalidades, as medidas e aos graus de intensidade de intervenção e de importância dos direitos fundamentais e dos bens coletivos. Se fosse exigido do legislador somente decidir sobre restrições em direitos fundamentais sob a base de certezas epistêmicas, normativas ou empíricas, muito dificilmente suas decisões escapariam do controle severo da jurisdicional constitucional. O resultado poderia ser algo como uma paralisia do legislador<sup>29</sup>, com sérios riscos à democracia. Por outro lado, isso não significa que o legislador está liberado para decidir em qualquer caso de incerteza epistêmica, sem possibilidade de controle jurisdicional.

O critério para moderar essas duas posições está exatamente na lei epistêmica da ponderação que diz que quanto maior o grau de intensidade de intervenção em direitos fundamentais, maior deve o ser o grau de certeza

26 (ALEXY, 2007b, p. 346).

27 (ALEXY, 2007a, p. 88).

28 (ALEXY, 2007a, p. 89).

29 (KLATT; MEISTER, 2012, p. 80).

das premissas empíricas e normativas apoiadoras dessa intervenção<sup>30</sup>.

A margem de apreciação epistêmica é empírica ou normativa, conforme a incerteza recaia em premissas empíricas ou normativas. Se não há certeza sobre as prognoses empíricas pressupostas, há margem de apreciação epistêmica empírica. Se a incerteza está na quantificação da intensidade de intervenção e importância de realização dos direitos fundamentais, a margem de apreciação é epistêmica normativa.

### **MARGEM DE APRECIÇÃO EPISTÊMICA EMPÍRICA**

A margem de apreciação epistêmica empírica permite intervenção nos direitos fundamentais com base em premissas fáticas incertas, sustentáveis ou plausíveis. A extensão da margem de apreciação epistêmica corresponde à extensão de possíveis divergências entre o realmente ordenado, proibido e liberado e aquilo que é verificável empiricamente como ordenado, proibido e liberado.

A ignorância fática sobre a idoneidade da medida escolhida para realização da finalidade e, também, sobre a necessidade da medida configura a margem de apreciação epistêmica empírica do legislador. Assim, acha-se na margem de apreciação epistêmica empírica do legislador a liberdade para escolher medidas que muito provavelmente contribuam para a realização da finalidade e medidas que parecem implicar menor intervenção nos direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos. A exigência de certeza inviabilizaria a atuação do legislador, comprometendo os princípios formais da divisão dos poderes e da democracia, que exigem alguma margem de apreciação do conhecimento empírico<sup>31</sup>.

A margem de apreciação epistêmica empírica não é ilimitada. O legislador não está livremente autorizado a intervir intensamente nos direitos fundamentais a partir de prognoses apenas incertas. Isso implicaria uma prevalência absoluta e incondicionada do princípio da competência decisória do legislador democraticamente legitimado em relação ao princípio material dos direitos fundamentais<sup>32</sup>.

Os limites da margem de apreciação epistêmica empírica são dados pela segunda lei da ponderação, que se ocupa da dimensão formal dos

30 (ALEXY, 2007a, 91); (KLATT; MEISTER, 2012, p. 81)

31 (ALEXY, 2007a, p. 90).

32 (ALEXY, 2002, p. 418).

direitos fundamental. Se a lei material da ponderação determina a margem de apreciação estrutural, a lei epistêmica da ponderação determina a margem de apreciação epistêmica do legislador. A lei epistêmica da ponderação diz que quando maior a intensidade da intervenção em um direito fundamental, tanto mais alta deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção<sup>33</sup>. Essa lei não se refere à importância material das razões que justificam a intervenção, mas de sua qualidade epistêmica<sup>34</sup>.

Um ponto importante a ser destacado é que a incerteza afeta os dois lados da ponderação: incerteza quanto ao grau de intervenção e incerteza quanto à importância de realização. A lei epistêmica da ponderação deve tomar em conta o grau de certeza quanto à intensidade da intervenção e também o grau de certeza quanto à importância da realização do outro princípio ou bem coletivo da colisão. Assim, então, o fator incerteza aparece nos dois lados da ponderação<sup>35</sup>. As discussões desenvolvidas a respeito da segunda lei da ponderação não deixam dúvidas da relevância do fator certeza nos dois lados da ponderação e, assim, do papel central dos princípios formais<sup>36</sup>.

Outra questão levantada sobre a lei epistêmica da ponderação é a de que os tribunais não dispõem das condições estruturais adequadas e necessárias para o desenvolvimento de suas próprias investigações sobre as questões empíricas. Em razão disso, não lhes resta outra alternativa senão confiar nas pesquisas empíricas desenvolvidas pelos órgãos estatais ou órgãos não governamentais<sup>37</sup>. O que isso significa é que os tribunais somente irão tomar como suas aquelas suposições empíricas consideradas suficientemente confiáveis ou seguras. Assim, a lei epistêmica da ponderação deve ser interpretada no sentido de que quanto maior a intensidade da intervenção em direito fundamental, maior deve ser a confiabilidade da avaliação legislativa quanto o grau de importância da realização de outro direito fundamental.

Desse modo, fica claro que o problema da margem de apreciação epistêmica é um assunto que diz respeito à confiabilidade quanto às prognoses empíricas realizadas pelo legislador. Com isso, os princípios formais são levados a sério. O princípio da competência decisória do

33 (ALEXY, 2007a, p. 91).

34 (ALEXY, 2002, p. 418).

35 (RIVERS, 2007, p. 181).

36 (ALEXY, 2002, p. 446).

37 (RIVERS, 2007, p. 182).

legislador democraticamente legitimado e o princípio da competência dos tribunais para garantir os direitos fundamentais. A conclusão é a de que quanto maior a intensidade de intervenção em direito fundamental, maior deve ser a confiabilidade sobre as prognoses empíricas apresentadas sobre a intensidade da intervenção em outro e a importância da realização de outro direito fundamental. Uma exigência tal implica para o legislador o cuidado de tomar como corretas somente prognoses empíricas fundadas em bases fáticas consistentes<sup>38</sup>.

Essa interpretação da lei epistêmica da ponderação explicita o papel dos princípios formais na ponderação, destacando que o conceito de certeza deve ser tomado no sentido de confiabilidade e não de probabilidade. Como já observado, a confiabilidade, como uma propriedade epistêmica gradual, pode ser expressada em graus epistêmicos: certo, plausível e não evidentemente falso. Com isso, fica assegurado o *status* de uma regra epistêmica da certeza das premissas empíricas<sup>39</sup>.

Outra interpretação da lei epistêmica da ponderação é tomá-la para determinar a intensidade do controle jurisdicional sobre a margem de apreciação da ponderação do legislador. Assim, quando maior a intensidade de intervenção em direito fundamental, maior deve ser a intensidade do controle jurisdicional sobre a margem de apreciação da ponderação do legislador<sup>40</sup>. O resultado dessa interpretação leva às seguintes regras: *a*) quando maior é o peso do direito fundamental, menor deve ser a margem de apreciação estrutural; *b*) quanto maior é a intensidade da intervenção no direito fundamental, maior deve ser o procedimento de investigação sobre os premissas empíricas pressupostas para justificar a medida de intervenção em questão; *c*) quanto maior é a intensidade da intervenção no direito fundamental, maior cuidado os tribunais devem ter para verificar pequenas vantagens alcançáveis ao direito fundamental sem prejuízo para a medida estatal em questão e maior deve ser a disposição dos tribunais para diferenciar o grau de realização da medida estatal em questão do grau de intensidade da intervenção no direito fundamental<sup>41</sup>.

Essa formulação da lei epistêmica da ponderação representa a contrapartida formal da lei material da ponderação. A sua fundamentação descansa no princípio formal de que a guarda dos direitos fundamen-

38 (RIVERS, 2007, p. 183).

39 (ALEXY, 2007a, p. 346).

40 (RIVERS, 2007, p. 187).

41 (RIVERS, 2007, p. 187).

tais incumbe à jurisdição constitucional. Do mesmo modo que um grau alto de intervenção em um direito fundamental deve ser justificado por um grau igualmente alto da importância da realização de outro direito fundamental, um grau alto de intervenção em um direito fundamental exige um alto grau de controle jurisdicional<sup>42</sup>.

Com essa interpretação, a lei epistêmica da ponderação perde o *status* de simples regra referida à certeza das premissas empíricas para se transformar em uma regra geral para determinação da intensidade do controle da intervenção jurisdicional na margem de apreciação da ponderação do legislador, conforme o menor ou maior grau de intervenção no direito fundamental<sup>43</sup>. Essa formulação destina-se a suplementar a falta de generalidade da versão simplesmente epistêmica da lei da ponderação, pois nessa versão ela cobre completamente a margem de ponderação do legislador<sup>44</sup>.

## MARGEM DE APECIAÇÃO EPISTÊMICA NORMATIVA

A margem de apreciação epistêmica normativa trata diretamente do conteúdo material da Constituição e está relacionada ao peso dos direitos fundamentais em colisão, bem como ao que é deixado para as valorações próprias do legislador<sup>45</sup>. A incerteza descansa na intensidade da intervenção sobre um direito fundamental ou sobre quanto efetivamente pesa a intervenção no direito fundamental ou bem coletivo. As incertezas normativas colocam três aspectos diferentes: *a*) como graduar diferentes intensidades de intervenção e de importâncias de realização de um princípio – como, por exemplo, a intensidade da proibição da publicação de um livro ou a proibição de uma manifestação oral; *b*) incerteza quanto ao peso abstrato dos princípios – pode haver consenso de que a vida é mais importante que a liberdade, mas talvez não haja o mesmo consenso sobre quanto a vida é mais importante do que a liberdade ou sobre como relacionar a liberdade com a intimidade; *c*) incerteza quanto ao peso concreto dos princípios relacionados uns com os outros<sup>46</sup>.

42 (RIVERS, 2007, p. 187).

43 (ALEXY, 2007b, p. 346).

44 (ALEXY, 2007b, p. 346).

45 (ALEXY, 2002, p. 415).

46 (RIVERS, 2007, p. 178).

Na margem de apreciação epistêmica normativa, o legislador está liberado para escolher livremente conforme suas próprias valorações. A questão que se coloca a partir disso é como compatibilizar a margem de apreciação epistêmica normativa com a vinculação à Constituição. É que margem de apreciação epistêmica normativa significa uma supressão do controle judicial-constitucional da vinculação à Constituição. Na extensão completa da área coberta pela margem epistêmica normativa, não há controle sobre o estabelecido vinculativamente pela Constituição<sup>47</sup>.

A existência da margem de apreciação epistêmica normativa não pode ser levada à configuração de uma área absolutamente livre e incontrolável para a quantificação dos direitos fundamentais. Se assim fosse, não se poderia falar em vinculação à Constituição. Margem de apreciação epistêmica normativa não pode significar autorização para violação de direitos fundamentais excluída de controle jurisdicional. A necessidade de margem conformação do legislador deve ser compatibilizada com a vinculação do próprio legislador aos direitos fundamentais. O primeiro passo é que uma margem epistêmica normativa somente surge quando houver incerteza normativa quanto à ponderação dos direitos fundamentais. Se não houver incerteza quanto à ponderação de direitos fundamentais, não há margem epistêmica normativa para o legislador realizar livremente a sua própria ponderação.

A compatibilidade da margem epistêmica normativa com a validade formal da Constituição requer que três aspectos sejam colocados conjuntamente.

O primeiro é que a margem epistêmica normativa é suavizada consideravelmente pela margem de apreciação da ponderação estrutural. Se ficar constatado que algo está na margem de apreciação estrutural, a discussão sobre qual é a melhor solução deixa de ser jurídico-constitucional. Com isso, a margem de apreciação epistêmica normativa perde o seu objeto<sup>48</sup>.

O segundo é que a lei epistêmica da ponderação reduz tanto a margem de apreciação epistêmica empírica como a normativa. As discussões sobre intervenções intensivas ou mais intensivas não devem ser decididas politicamente como dissensos em margens de apreciação, mas jurídico-constitucionalmente como dissenso sobre seus limites<sup>49</sup>. Da lei epistêmica da ponderação pode ser retirado que o aumento da intensida-

47 (ALEXY, 2007a, p. 91).

48 (ALEXY, 2007a, p. 91).

49 (ALEXY, 2007a, p. 91).

de de intervenção em um direito fundamental incrementa não somente a sua capacidade de resistência a intervenções cada vez mais intensas, mas também a possibilidade de refinamento da intensidade de intervenção em cada vez mais graus. Quanto mais a intervenção se aproxima do núcleo, maior a capacidade e a habilidade de diferenciação<sup>50</sup>.

O terceiro é que a retirada de controle judicial-constitucional deve permanecer limitada à outorga de margens de apreciação epistêmicas normativas. Aqui, os limites são determináveis pela ponderação de princípios materiais e formais. Como na margem de apreciação epistêmica normativa do que se trata é do conteúdo material da Constituição, até onde eles alcançam, há uma relação de cooperação autêntica entre a jurisdição constitucional e a jurisdição especializada, pois os “tribunais especializados exercem jurisdição constitucional material”, atuando, nesse aspecto, como “pequenos tribunais constitucionais”<sup>51</sup>.

A contribuição da teoria da margem de apreciação para a discussão aqui tratada é exatamente a de permitir a compreensão de que a expansão de conteúdo material da Constituição – do qual resulta uma ordenação fundamental – é compatível com uma ordenação-quadro, disso resultando uma constitucionalização adequada.

Com isso podem ser corretamente afastadas as objeções de que, em face da constitucionalização material, o processo político estaria reduzido a algo sem significado e de que haveria a passagem do Estado-legislador para o Estado-judicial constitucional. Além disso, a teoria da margem de apreciação alcança compreensão sobre as margens de apreciação estruturais e epistêmicas que estão liberados da normatividade material da Constituição, exatamente porque ali é onde essa normatividade tem fim. Dentro dessas margens não há controle jurisdicional constitucional. Fora deles, entretanto, tudo está sujeito ao controle jurisdicional material.

O que isso significa é que na margem de apreciação liberada pela Constituição, o legislador está livre para tomar as decisões políticas de oportunidade que lhe aprouver, estabelecendo restrições, limites, harmonizações e ponderações dos direitos fundamentais e dos bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos.

---

50 (ALEXY, 2002, p. 421).

51 (ALEXY, 2007a, p. 92).

## CONCLUSÃO

A teoria da margem de apreciação é central para cuidar da relação tensão entre democracia, direitos fundamentais e jurisdição. O controle jurisdicional das decisões do legislador sobre intervenções ou restrições a direitos fundamentais com base na proporcionalidade não é incompatível com a democracia<sup>52</sup>.

A teoria da margem de apreciação pressupõe um conceito de Constituição capaz de compatibilizar uma ordenação fundamental como uma ordenação-quadro.

A margem de apreciação estrutural é o espaço liberado para as ponderações do legislador livre de controle jurisdicional. Quando a Constituição, não ordena e tampouco proíbe, tem-se a ausência de ordens e proibições definitivas, lugar onde não há determinação constitucional material definitiva. Nesse caso, o legislador está liberado para determinar finalidade, escolher meios e fazer ponderações.

A margem de apreciação epistêmica surge quando não há certeza sobre o que está ordenado, proibido ou liberado pela Constituição. Quando é o caso de margem de apreciação epistêmica, o legislador está liberado para fazer as suas escolhas quanto às finalidades, as medidas e aos graus de intensidade de intervenção e de importância dos direitos fundamentais e dos bens coletivos.

A margem de apreciação epistêmica é empírica ou normativa. Quando não há certeza sobre as prognoses empíricas do legislador, há margem de apreciação epistêmica empírica. Se a incerteza está na quantificação da intensidade de intervenção e importância de realização dos direitos fundamentais, a margem de apreciação é epistêmica normativa.

Então, o que se acha no campo da margem de apreciação estrutural ou epistêmica do legislador, escapa ao controle jurisdicional. Nesse lugar, a jurisdição constitucional deve deferir ao legislador exclusivamente a autoridade para decidir sobre restrições ou intervenções de direitos fundamentais. Com isso, fica provado que a teoria da margem de apreciação dá conta da relação de tensão entre democracia, direitos fundamentais e jurisdição.

---

52 (ALLAN, 2014, p. 233).



## BIBLIOGRAFIA

ALLAN, T. R. S. Democracy, legality and proportionality. In: HUSCROFT, Gran; MILLER, Bradley M; WEBBER, Gregoire. *Proportionality and the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, P. 205-233, 2014.

\_\_\_\_\_. Constitutional rights and the rule of law. In: KLATT, Matthias. *Institutionalized reason*. Oxford: Oxford University Express, 2012.

ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

\_\_\_\_\_. Postscript. In: ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Trans. Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, p. 388-425, 2002.

\_\_\_\_\_. Direito constitucional e direito ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 71-92, 2007a.

\_\_\_\_\_. Thirteen Replies. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 333-366, 2007b.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

\_\_\_\_\_. The Models of Rules I. In: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, p. 14-45, 1978.

\_\_\_\_\_. Hard cases. In: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, p. 91-130, 1978.

\_\_\_\_\_. Constitutional cases. In: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, p. 131-149, 1978.

ELY, John H. *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.  
KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportion-*

*ality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

RIVERS, Julian. Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, p. 167-188, 2007.

\_\_\_\_\_. Proportionality and variable intensity review. *Cambridge Law Journal*, 65(1). March, p. 174-207, 2006.

TSAKIRAKIS, Stavros. Proportionality: An assault on human rights? *International Journal Of Constitutional Law*, Volume 6, Issue 3, July, p. 468-493, 2009.



# INEFICACIA DEL MODELO INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS. ANÁLISIS Y PROPUESTAS

VICENTE FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ<sup>1</sup>

MARCELA ALBÍTER CAMACHO<sup>2</sup>

## INTRODUCCIÓN

El Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos comprende dos procesos, los cuales se encuentran basados por la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El proceso basado en la Carta es aplicable a todos los Estados Miembros de la OEA, y por otro, la Convención Americana sobre Derechos Humanos es jurídicamente obligatoria solo para los Estados Parte.

La Convención se centra en los derechos civiles y políticos, complementándose por un Protocolo Facultativo que recoge derechos económicos, sociales y culturales, conocido como “Pacto de San Salvador”.

Para los Estados que no han ratificado la Convención, se aplica la Carta de la OEA y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ante la Comisión. Los Estados parte en la Convención Americana deben aceptar, además, la competencia contenciosa de la Corte.

La Convención prevé un procedimiento de denuncias entre Estados y de denuncias de particulares ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, un órgano cuasi judicial de vigilancia con sede en Washington D. C., y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, situada en San José (Costa Rica).

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) es un conjunto de instituciones, normas y mecanismos creados por la Organización de Estados Americanos (OEA), con el fin de proteger efectivamente los derechos humanos. El SIDH es fundamental, puesto que es el encargado de promover, proteger y, sobre todo, garantizar los derechos

---

1 Doctor en Derecho por la UNAM. Profesor e investigador en el Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México. Vicepresidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

2 Licenciada en Derecho por el Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México. Integrante del grupo de investigación del Dr. Vicente Fernández.

humanos en América (Pelayo, 2015). Los órganos que lo conforman son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Se analizarán los procedimientos seguidos ante la Comisión y ante la Corte. En este análisis se busca demostrar que el modelo es ineficiente por dos razones: primero, por el tiempo excesivo que toma llegar a la emisión de resoluciones, tanto en la Comisión como en la Corte, provocando un rezago en el sistema. En segundo lugar, la ineficiencia se muestra en la imposibilidad que tienen las instituciones para hacer cumplir sus determinaciones, ni siquiera las de la Corte que, no obstante ser un órgano jurisdiccional a cuya competencia se sometieron los Estados, no hay manera de obligarlos coactivamente para que cumplan las sentencias.

El trabajo culmina con una propuesta de modelo procesal, pretendiendo responder a los dos rubros señalados: la búsqueda de un sistema ágil y eficiente. Un modelo en el que se respete el plazo razonable que debe imperar, así como lograr la ejecutabilidad de las resoluciones de la Corte IDH.

## 1 - COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH)

### 1.1 - FUNCIONES

La función principal y genérica de la Comisión es la promoción, observancia y defensa de los derechos humanos (OEA, 2015).

Asimismo, en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones:

- ▶ Estimular la conciencia y dar conocimiento con respecto a los derechos humanos en los pueblos de América.
- ▶ Realizar visitas *in loco*.
- ▶ Formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a través de los Informes Preliminar y Definitivo previstos en los artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a los gobiernos de los Estados miembros, para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos, dentro del marco de sus normas constitucionales y disposiciones internas.
- ▶ Preparar los estudios e informes que considere necesarios para el mejor desempeño de sus funciones.
- ▶ Solicitar a los gobiernos de los Estados miembros, que le proporcionen informes sobre las medidas cautelares solicitadas por la Comisión en materia de derechos humanos.
- ▶ Atender las consultas que le formulen los Estados miembros, por me-

dio de la Secretaría General, en cuestiones relacionadas a los derechos humanos, así como prestar la asesoría técnica que le soliciten.

➤ Presentar un Informe Anual a la Asamblea General de la OEA.

Con relación a los Estados miembros que no son parte en la Convención, tiene como principal función velar por la observancia de los derechos humanos reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre los cuales destacan los siguientes:

➤ Derechos que todo ser humano tiene por el simple hecho de nacer, como el disfrute de la vida, la libertad y seguridad.

➤ La igualdad que todos tenemos ante la ley y a su vez a todos aquellos derechos y deberes que debemos asumir, aun sin importar las diversas preferencias que lleguemos a tener y que nos distinguen como persona y nos hacen ser nosotros, tales como raza, sexo, idioma, religión entre otras.

➤ El derecho que tiene cada persona de profesar con libertad aquella preferencia religiosa y de culto que tenga.

➤ La libertad de investigación, de opinión y sobre todo de expresión y difusión de pensamiento para con los demás.

➤ Derecho a la justicia, en el que toda persona puede acudir a los tribunales y a su vez optar por un procedimiento sencillo con la finalidad de hacer valer sus derechos.

➤ Derecho de protección contra la detención arbitraria, a tener un proceso regular; es decir, todo acusado es inocente, hasta que se demuestre lo contrario.

➤ Examinar las peticiones individuales y formular recomendaciones al Estado involucrado, previa verificación del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna.

## **1.2 - VISITAS *IN LOCO***

Con respecto a las diversas funciones que la Comisión tiene, cabe destacar que las visitas *in loco* son una de las atribuciones más importantes, puesto que dichas visitas han permitido darles visibilidad a los países americanos y, a su vez, fortalecer todo aquel impacto que la Comisión ha generado con respecto a su trabajo.

Las visitas *in loco* consisten en acudir diversos miembros de la Comisión y abogados que apoyan a la misma, a los países de la OEA, llevando a cabo reuniones con autoridades y miembros de la sociedad civil, aprovechando a su vez que este traslado a diversos países les permita

divulgar la situación en materia de derechos humanos (González, 2010).

Existen diversos tipos de visitas: para estudiar situaciones generales con respecto al país y sus derechos humanos; analizar una situación en específico o bien, obtener información con respecto de alguna denuncia pendiente en la Comisión.

Para que la Comisión pueda llevar a cabo una visita se requiere de la autorización del gobierno del país a visitar. La forma en que se consigue la misma depende del caso. Esta podría llegar a darse por *motu proprio* del gobierno, aunque casi siempre es la Comisión la que solicita que la inviten.

Todas las entrevistas que sostiene y la documentación que recolecta le permiten a la Comisión formarse una opinión general sobre lo que sucede en el país. Lo más importante de esta práctica de la Comisión, es que ella no solamente se reúne con las autoridades, lo cual facilita que reciba visiones, opiniones e información de diversas fuentes y no una información sesgada desde el punto de vista oficial. Con ello se fortalece enormemente la imparcialidad de las conclusiones a las que arriba la Comisión.

Para poder desempeñar libremente sus funciones, la Comisión requiere de una serie de garantías de parte del gobierno. En particular, el gobierno debe conceder a la Comisión todas las facilidades necesarias para llevar a cabo su tarea. Entre los aspectos más relevantes está el hecho de que deberá comprometerse a no tomar represalias de ningún orden, en contra de las personas o entidades que cooperaron con la Comisión proporcionándole información o testimonios. El cumplimiento de esta obligación es fundamental para el éxito de una visita.

La Comisión casi siempre emite un informe luego de realizar una visita *in loco*. Dicho informe no solamente relata las actividades que realizó, sino que principalmente describirá la situación que encontró, confrontándola a la luz de las obligaciones internacionales del país y emitirá recomendaciones al gobierno para mejorar la situación con respecto a los derechos humanos en ese Estado. Un anticipo de lo que contendrá dicho informe se puede encontrar en el comunicado de prensa que la Comisión emite al final de la visita realizada (González, 2010).

### 1.3 - ESTUDIOS E INFORMES

La Comisión prepara y publica los Informes sobre países de la siguiente manera. La primera consiste en un informe dedicado exclusivamente a un país. Éste puede llegar a ser muy extenso y usualmente es precedido por una visita al Estado respectivo, salvo que éste no autorice

a la Comisión para ingresar a su territorio (González, 2010). La segunda es un informe más breve que se incorpora en el Informe Anual de la Comisión. Estos últimos pueden o no ser precedidos de una visita de la Comisión o de algunos de sus miembros al país.

Durante las primeras décadas de funcionamiento de la Comisión, los Informes sobre países se concentraron prácticamente de manera exclusiva en violaciones a los derechos civiles y políticos. Esto se explica porque eran estos derechos (por ejemplo, el derecho a la vida, el derecho a no ser torturado, el derecho a no ser detenido arbitrariamente, etc.) los que resultaban violados a gran escala por los regímenes dictatoriales. Posteriormente se ha asentado la práctica de que estos informes sobre países también se refieran a Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). Además, ellos han incorporado una perspectiva de género para analizar las violaciones, y se refieren a otros colectivos vulnerables, tales como pueblos indígenas, poblaciones afrodescendientes u otros que existan en el respectivo Estado (González, 2010).

La elaboración y publicación de Informes sobre países constituyó prácticamente la única tarea que la Comisión llevó a cabo en sus primeros años de funcionamiento. Incluso cuando la Comisión adquirió competencia para conocer y resolver casos específicos, su labor central continuó siendo la preparación de tales informes. Esta fue la situación imperante hasta 1990.

En estas circunstancias, la Comisión expuso en 1997 una serie de criterios, los cuales hacen saber qué países son merecedores de informes, siendo los más relevantes los siguientes (Farer, 2008).

- ▶ Cuando se trata de Estados donde el libre ejercicio de los derechos consignados en la Convención Americana o la Declaración Americana han sido suspendidos, total o parcialmente, en virtud de la aplicación de medidas excepcionales, tales como el estado de emergencia y prontas medidas de seguridad.
- ▶ Cuando existen antecedentes o pruebas en las que un Estado comete violaciones de carácter masivo y graves, con respecto a los derechos humanos previstos en la Convención Americana, Declaración Americana y demás instrumentos relacionados, siendo motivo de preocupación todas aquellas violaciones de derechos humanos en donde no se permite la suspensión de la violación, como lo es la tortura o bien la desaparición forzada de personas.
- ▶ Cuando existan situaciones que afecten seria y gravemente los derechos humanos, incluyendo situaciones de violencia, crisis institucionales, procesos de reforma institucional con incidencias negativas para los dere-



chos humanos, u omisiones graves en la adopción de medidas necesarias para hacer efectivos los derechos humanos.

Posteriormente la Comisión incorporo en su Reglamento la posibilidad de enviar al Estado sobre el cual trata el Informe, una copia del proyecto del mismo. De este modo, el Estado puede hacer las observaciones que le parezcan pertinentes, para después elaborar la versión final.

La elaboración de Informes sobre países por parte de la Comisión, continúa teniendo pleno sentido en ciertas circunstancias y por eso este papel ha sido reafirmado por la propia CIDH. Los Informes cubren necesidades que la tramitación de casos específicos individuales no satisface por sí sola.

El sistema de informes sobre países de la Comisión y los que prepara la ONU son complementarios, sin que exista un problema de duplicidad por el hecho de que diferentes órganos internacionales elaboren informes paralelamente. Muy por el contrario, las iniciativas paralelas contribuyen a potenciar el monitoreo. Incluso, cuando tanto la CIDH como órganos de la ONU preparan Informes sobre un mismo país, dichos organismos se coordinan e informan mutuamente, lo que redundan en Informes más completos, acuciosos y de mayor impacto (González, 2010).

#### **1.4 - FUNCIONES CON RELACIÓN A LOS ESTADOS PARTE EN LA CONVENCIÓN AMERICANA**

- Presentar demandas contra los Estados que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte.
- Solicitar a la Corte la adopción de medidas provisionales.
- Solicitar a la Corte opiniones consultivas.
- Presentar a la Asamblea General proyectos de protocolos adicionales a la Convención Americana.
- Proponer a la Asamblea General enmiendas a la Convención (OEA, 2015).

#### **1.5 - TRÁMITE DE PETICIONES INDIVIDUALES**

Al encontrarnos ante una violación a un derecho humano protegido en el ámbito interamericano, es entonces cuando nos remitimos al artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y al artículo 23 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), los cuales hacen mención que cualquier persona o grupo de personas, así como entidades no gubernamentales

reconocidas en uno o más Estados miembros de la OEA, podrán presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas, esto con respecto a la presunta violación de derechos humanos.

La Comisión es el primer órgano que conoce de las peticiones individuales a través de un procedimiento entre el Estado y los peticionarios, por medio del cual se determina la existencia o bien inexistencia de responsabilidad, con respecto a la violación de uno o varios derechos que se encuentran contenidos en los instrumentos interamericanos.

Se pueden llevar a cabo dos tipos de casos: por un lado, aquellos que se siguen contra los Estados que no son parte de los tratados del Sistema Interamericano, los cuales serán abordados con base a las normas de la Declaración Americana. Y por otro lado, casos sobre presuntas violaciones realizadas por un Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con la finalidad de proteger aquellos derechos que estos contienen en sus instrumentos (García, 2015).

## **ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD**

Una vez presentada dicha denuncia ante la Comisión, compete a la Secretaría Ejecutiva realizar el estudio y trámite inicial de la petición, tomando en consideración cada uno de los requisitos previstos en el artículo 28 del reglamento, entre los que destacan los siguientes: los datos de identificación del denunciante, descripción de los hechos, señalamiento de las víctimas, identificación del Estado denunciado, agotamiento de recursos previos y también hacer mención de si la denuncia ha sido sometida a algún procedimiento internacional. Durante la tramitación de la petición, la Comisión puede llegar a solicitar se complementen algunos requisitos que a su consideración no se encuentren plasmados en la denuncia (Ospina y Galindo, 2016).

Antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la petición, la Comisión podrá (si es el caso) invitar a las partes para realizar observaciones adicionales, ya sea por escrito o bien por medio de una audiencia. Es el momento idóneo en donde el Estado podrá presentar las excepciones preliminares que buscarán objetar la competencia de la Comisión o bien la admisibilidad del caso, las cuales podrían ser, por incumplimiento de algún elemento o bien, falta de aplicación de alguna de las reglas procedimentales establecidas ya sea en la CADH o en su Reglamento.

Los hechos que sean presentados en dicha petición deberán constituir violaciones a los derechos que se encuentran establecidos en la Convención o en cualquier otro tratado que forme parte del Sistema Interamericano, a menos

que la petición individual se presente contra un Estado que no haya ratificado la Convención Americana, caso en el cual deberá vincularse a un derecho protegido por la Declaración Americana (Sandoval y Valencia, 2011).

La Comisión, podrá determinar una petición como inadmisible en los siguientes casos:

- ▶ Cuando los hechos expuestos no constituyan una violación a derechos humanos.
- ▶ La petición no tenga ningún fundamento jurídico y fáctico.
- ▶ Sea una copia de una petición que fue ya examinada con anterioridad por la Comisión u otro órgano internacional.

No obstante, en caso de que los requisitos puedan ser subsanables, esto debido a que sean relacionados con forma y no con el fondo, podrán aclararse dentro de un plazo razonable.

En principio, a la Comisión le corresponde realizar una evaluación *prima facie* y determinar si la denuncia fundamenta la aparente o potencial violación de un derecho garantizado por la Convención Americana, mas no establecer la existencia de dicha violación. En esta etapa corresponde efectuar un análisis sumario que no implica un prejuicio o un avance de opinión sobre el fondo. El propio Reglamento de la Comisión, al establecer una fase de admisibilidad y otra de fondo, refleja esta distinción entre la evaluación que debe realizarse a fin de declarar una petición admisible y la requerida para establecer si se ha cometido una violación imputable al Estado (Ospina y Galindo 2016).

## **TRÁMITE A LAS PETICIONES**

Una vez concluido el análisis de admisibilidad, la Comisión se encarga de dar trámite a aquellas peticiones que reúnan los requisitos exigidos y antes previstos. Como efecto de ello, la Comisión remitirá al Estado denunciado la petición de la víctima, con la finalidad de que éste presente su respuesta o informe en un plazo máximo de dos meses.

Una vez presentado el informe por parte del Estado, se le trasladará a la víctima para que ésta presente sus observaciones, ya sea por escrito o en una audiencia oral.

## **COMPORTAMIENTO DE LA COMISIÓN IDH**

Una vez examinada la petición y recibir las observaciones de las partes, la Comisión puede optar por las siguientes decisiones (Sandoval y Valencia, 2011).

- Declarar inadmisibile la petición si no se cumplen los requisitos exigidos o bien si existen causales de inadmisibilidad.
- Declarar admisible la petición si consta evidencia que refleje una posible violación a los derechos humanos. Una vez que se declara admisible, la petición se transforma en caso y posteriormente se procede al análisis de fondo.
- Abrir el caso, pero diferir el tratamiento de la admisibilidad hasta el debate y decisión sobre el fondo.

Cabe mencionar, que ni la adopción del informe de admisibilidad ni el hecho de diferir la misma, implica un prejuzgamiento sobre el fondo del asunto.

Además de lo anterior, la Comisión puede archivar el expediente en cualquier momento del procedimiento, previa notificación a los peticionarios, esto en caso de que no existan los motivos de la petición o no se cuente con la información necesaria para alcanzar una decisión sobre la misma (Ospina y Galindo, 2016).

## **PROCEDIMIENTO SOBRE EL FONDO**

Una vez admitida la petición, la Comisión fijará un plazo de cuatro meses para que los peticionarios presenten observaciones adicionales con respecto al fondo. Lo relevante de dichas consideraciones, será remitido al Estado denunciado con la finalidad de que éste presente también sus observaciones, durante el plazo de cuatro meses. En caso de que existiera gravedad en el asunto, por ejemplo, que se encuentre en riesgo la vida de una persona o bien, su integridad, se solicitará que las observaciones se realicen en un plazo más corto. Después, una vez que se pronuncia sobre el fondo, la Comisión le otorgará un plazo a las partes con la finalidad de que expresen si se encuentran de acuerdo en continuar con el estudio de fondo o bien optar por una solución amistosa (Artículo 37.1 del Reglamento de la Comisión Interamericana de derechos humanos).

Si se llega a un acuerdo, la Comisión aprobará un informe con una breve exposición de los hechos y de la solución lograda; posteriormente se transmitirá al peticionario y al Estado denunciado y, finalmente, se publicará.

En caso de no llegar a un acuerdo amistoso, la Comisión inicia su propia investigación, a efecto de determinar si los hechos denunciados efectivamente constituyen una violación a los derechos humanos (Sandoval y Valencia). La Comisión podrá optar por utilizar diversas herramientas:

1. Puede solicitar, de oficio, es decir, sin que ninguna de las partes se lo pida, información adicional de cualquier tipo, ya sea a la persona que actúa como peticionaria o bien al Estado que ha sido denunciado.

2. También pueden llevarse a cabo audiencias públicas o bien privadas (excepcionalmente) entre las partes, con el fin de recibir pruebas, como testimonios y peritajes, además de la exposición de las partes sobre los puntos en controversia.

3. De igual modo, puede realizar investigaciones *in loco*, es decir, que los comisionados o comisionadas visiten el Estado denunciado.

Es importante indicar que la Comisión deberá presumir como verdaderos los hechos alegados en la petición, que sean de conocimiento del Estado a través de la remisión de información del proceso, siempre y cuando éstos no hayan sido controvertidos por el Estado en el plazo otorgado para ello, y sólo cuando tal presunción no resulte contraria a las pruebas presentadas (Artículo 38 del Reglamento de la Comisión Interamericana de derechos humanos).

Luego de estudiar y analizar el caso, la Comisión se encargará de deliberar y decidir mediante votación, si han existido las violaciones alegadas. En este caso, la Comisión procederá de la siguiente forma:

► Si determina que no hubo violación en el caso presentado, la Comisión lo manifestará en su informe de fondo. Éste será remitido a las partes, es decir, a los peticionarios y al Estado denunciado y, finalmente, será publicado en su informe anual.

► Si la Comisión concluye que hubo violación a los derechos consagrados en algún instrumento que le confiere competencia, redactará un informe preliminar en el que narrará los hechos y consignará sus conclusiones.

► En el informe preliminar expresará las recomendaciones que juzgue pertinentes para solucionar el asunto, fijando un plazo para su cumplimiento. Este informe, conocido como el “Informe del artículo 50”, es de carácter confidencial y será trasladado al Estado, que tendrá un plazo que fije la Comisión dentro del cual deberá informar cuáles medidas ha adoptado para cumplir con las recomendaciones señaladas (Ospina y Galindo, 2016).

El Estado no tendrá la facultad de publicarlo hasta que la Comisión adopte una decisión al respecto. Igualmente, la Comisión notificará al peticionario sobre la emisión del mismo y su remisión al Estado. Por otro lado, si el Estado ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte, será en ese momento que los peticionarios tendrán la oportunidad de expresar, en el plazo de un mes, su posición sobre el sometimiento del caso ante la Corte (Faúndez, 2009).

El caso ante la Comisión puede culminar de manera anticipada en los supuestos siguientes:

- ▶ El denunciante puede desistir de la petición, manifestándolo por escrito a la CIDH en cualquier momento del proceso, la cual una vez que es analizada procederá al archivo o proseguirá con la causa si lo considera pertinente para proteger un derecho determinado.
- ▶ Conclusión a través de solución y, de ser el caso, aprobar el informe mediante el cual se exponen brevemente los hechos y la solución pactada por las partes.

### **1.6 - MEDIDAS CAUTELARES ANTE LA COMISIÓN**

Ante situaciones de gravedad y urgencia y con el fin de evitar daños irreparables a las personas objeto del procedimiento, La Comisión puede emitir medidas cautelares, las cuales pueden llegar a ser individuales o colectivas (García, 2015).

De acuerdo con los artículos 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 18 b. del Estatuto de la Comisión y el 25 del Reglamento de la Comisión, las medidas cautelares podrán emitirse ya sea a petición de parte o bien por medio del Estado (Rey Cantor, 2010).

Para ello la Comisión deberá considerar los siguientes aspectos:

1. “Gravedad de la situación” se refiere al impacto de una acción u omisión que puede tener sobre un derecho protegido, o bien el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano.
2. “Urgencia de la situación” se determina con respecto a la información que indica el riesgo o bien la amenaza inminente, requiriendo por ello la acción preventiva o cautelar.
3. “Daño irreparable” es considerado como la afectación sobre derechos que, por su naturaleza, no son reparables (Rey Cantor, 2010).

Las medidas cautelares podrán proteger a personas o a grupos de personas, siempre y cuando el beneficiario o beneficiarios sean determinados por medio de su ubicación geográfica o bien su pertenencia o vínculo al grupo.

La solicitud de medidas cautelares debe contar con los requisitos siguientes:

- ▶ Los datos de las personas propuestas como beneficiarias.
- ▶ Descripción detallada y cronológica sobre los hechos que sustentan la solicitud.

► Descripción de las medidas de protección solicitadas.

Antes de tomar una decisión sobre la solicitud de las medidas cautelares, la Comisión le solicitará al Estado involucrado información relevante, a menos que el daño no permita esa cuestión previa. En dicha circunstancia, la Comisión tendrá que revisar la decisión adoptada lo más pronto posible o, a más tardar, en el siguiente período de sesiones, teniendo en cuenta la información aportada por las partes (Rey Cantor, 2010).

Una vez considerada la solicitud, la Comisión tendrá en cuenta su contexto y los siguientes elementos:

- Si se ha denunciado la situación de riesgo ante las autoridades pertinentes, o los motivos por los cuales no se realizó.
- La identificación individual de los beneficiarios de las medidas cautelares o la determinación del grupo al que pertenecen o están vinculados.
- La expresa conformidad de los potenciales beneficiarios, cuando la solicitud sea presentada por un tercero, salvo en situaciones en las que la ausencia de consentimiento se encuentre justificada.

El otorgamiento de estas medidas y su adopción por el Estado no constituirán prejuzgamiento sobre violación alguna a los derechos protegidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros instrumentos aplicables.

La Comisión evaluará con periodicidad, de oficio o a solicitud de parte, las medidas cautelares vigentes, con el fin de mantenerlas, modificarlas o levantarlas. En cualquier momento, el Estado podrá presentar una petición debidamente fundada a fin de que la Comisión deje sin efecto las medidas cautelares (OEA, 2019). La Comisión solicitará observaciones a los beneficiarios antes de decidir sobre la petición del Estado. La presentación de tal solicitud no suspenderá la vigencia de las medidas cautelares otorgadas (Ospina y Galindo, 2016).

Independientemente de lo anterior, la Comisión podrá presentar una solicitud de medidas provisionales a la Corte. Si en el asunto se hubieren otorgado medidas cautelares, éstas mantendrán su vigencia hasta que la Corte notifique a las partes su resolución sobre la solicitud.

Quizás en lugar de acudir a la Corte a solicitar medidas provisionales, debería hacerlo para exigir que las medidas cautelares dictadas por la Comisión se cumplan. Dado que el carácter jurídicamente vinculante de las resoluciones de la Corte en casos contenciosos está claramente establecido en la Convención americana, esto dotaría de mayor fuerza a las decisiones originalmente emanadas de la Comisión (González, 2010).

Ante una decisión de desestimación de una solicitud de medidas provisionales por parte de la Corte, la Comisión no considerará una nueva solicitud de medidas cautelares, salvo que existan nuevos hechos que así lo justifiquen. En todo caso, la Comisión podrá ponderar el uso de otros mecanismos de monitoreo de la situación (Rey Cantor, 2010).

## **2 - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

### **2.1 - FUNCIONES**

La Corte tiene dos funciones principales: por un lado, se encuentra la competencia contenciosa, la cual se encarga de dar solución a los casos concretos mediante sentencias y, por otro lado, la competencia consultiva, misma que se encarga de la emisión de opiniones sobre temas de derechos humanos. De manera paralela, la Corte se encuentra facultada para dictar medidas provisionales, las cuales son un complemento relevante para la eficacia del modelo procesal.

### **2.2 - COMPETENCIA CONTENCIOSA**

Esta facultad es estrictamente jurisdiccional, cuya finalidad es resolver las demandas que pueda interponer la Comisión contra un Estado al cual se le atribuyen violaciones de los derechos humanos previstos en la propia Convención.

Para que dicha demanda pueda presentarse es preciso que el Estado demandado (y también el demandante, en su caso) se hubiese sometido a la competencia contenciosa de la Corte, pues si bien es obligatoria la competencia de la Comisión para las reclamaciones o peticiones individuales, la jurisdiccional de la Corte debe ser reconocida expresamente por los Estados, ya sea incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos, ya que únicamente la Comisión o los Estados pueden presentar un caso ante la Corte (Salvioli, 2004).

Al ejercitar dicha competencia, la Corte se encargará de analizar una demanda en específico, estableciendo de ese modo la veracidad de los hechos denunciados, para poder determinar si en efecto estos constituyen una violación a la Convención Americana.



### **2.3 - COMPETENCIA CONSULTIVA**

Conforme al artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de la propia Convención, o bien de otros tratados que tengan que ver con la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos.

De igual modo, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá dar opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

La finalidad de la función consultiva, es coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos con respecto a la protección de los derechos humanos y, a su vez, busca el cumplimiento de las funciones que se encuentren atribuidas con respecto a este ámbito a los distintos órganos de la OEA.

A diferencia del sistema interamericano, un Estado parte del Convenio Europeo, no puede solicitar al Tribunal Europeo una Opinión Consultiva sobre el grado de compatibilidad entre su legislación interna, y los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Las Opiniones Consultivas, no tienen el efecto obligatorio que poseen las sentencias contra Estados establecidas por la Corte en ejercicio de su función contenciosa. En la práctica las opiniones de la Corte pueden gozar de gran autoridad y llenar una importante función como medio de protección de los derechos humanos, en especial si se tienen en cuenta las dificultades con que ha tropezado el ejercicio de su jurisdicción contenciosa (Salvioli, 2001).

### **2.4 - MEDIDAS PROVISIONALES ANTE LA CORTE**

Cuando la Comisión haya solicitado al Estado la adopción de medidas cautelares, obteniendo un nulo resultado, ya sea porque no fueron acatadas por el Estado, o bien no produjeron los efectos requeridos, la Comisión podrá acudir a la Corte a solicitar medidas provisionales, en términos de lo dispuesto en el artículo 19, inciso C de su Estatuto, en relación con el artículo 76 de su Reglamento. Para que la Comisión pueda solicitar dichas medidas, no será necesario que el caso esté en conocimiento de la Corte, ni tampoco que la petición se esté tramitando ante la Comisión, pero sí será necesario que el Estado sea parte de la Convención y además haya aceptado expresamente la competencia de la Corte.

Las medidas son tomadas u ordenadas por la Corte cuando se encuentra en sesiones ordinarias o extraordinarias, mediante las cuales ordena al Estado adoptar las acciones que sean necesarias para proteger los derechos del promovente, o para preservar una situación jurídica. Estas medidas tienen sustento convencional (Rey Cantor, 2010), por lo que se estiman como obligatorias (artículo 63.2 de la CADH).

En este sentido, la Corte ha precisado que “En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no sólo cautelar, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas. Las medidas se aplican siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas. De esta manera, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo”. Por ello, la Corte ha establecido que los tres requisitos exigidos por el art. 63.2 deben coexistir y deben estar presentes en toda situación en la que se solicite la intervención del Tribunal (Sandoval, 2011).

## **MEDIDAS URGENTES**

Las medidas urgentes, tal y como las establece el Reglamento de la Corte en su artículo 27.6, son aquellas dictadas por el Presidente, en consulta con la Comisión Permanente, y si fuere posible, con los demás jueces, con la finalidad de que en su momento pueda lograrse la eficacia de las medidas provisionales que después pueda tomar la Corte en su próximo período de sesiones (Del Rosario, 2017).

## **2.5 - TRÁMITE DE PETICIONES INDIVIDUALES ANTE LA CORTE**

Como punto de partida, es necesario que el Estado denunciado haya reconocido expresamente la competencia de la Corte. Asimismo, los únicos que pueden iniciar un proceso ante dicho tribunal, son la CIDH o bien otro Estado parte.

## **INFORME ANTE LA CORTE**

El proceso ante la Corte comienza con la presentación de un escrito que contiene el informe que se describe en el artículo 50 de la CADH, el cual es elaborado por la Comisión. El mismo deberá estar integrado por los

hechos violatorios y los datos de las víctimas y sus familiares.

### **EXAMEN DE ADMISIBILIDAD**

Desde la presentación del caso, la Corte llevará a cabo un examen preliminar con la finalidad de determinar si en efecto se ha cumplido con los requisitos antes mencionados; en caso de que faltare alguno, la CIDH tendrá un plazo de 20 días para subsanarlo.

En caso de que el análisis preliminar prevea un resultado positivo, la Secretaría va a comunicar sobre la presentación del caso a todas las partes interesadas. De igual modo, notificará al Presidente y a los jueces que conforman el Tribunal, así como a los otros Estados parte en la CADH, al Consejo Permanente y al Secretario General de la OEA. Posteriormente se solicitará que, en un plazo de 30 días, el Estado demandado designe a sus agentes y a su vez, los representantes de las víctimas confirmen la dirección para recibir las notificaciones.

### **ESCRITO DE SOLICITUD, ARGUMENTOS Y PRUEBAS**

A partir de la notificación del caso, la representación de las víctimas deberá presentar el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas dentro de un plazo improrrogable de 2 meses contados a partir de la notificación, el cual deberá cumplir con los siguientes requisitos (Sandoval y Valencia, 2011):

- ▶ La descripción clara y precisa de los hechos violatorios.
- ▶ Las pruebas ofrecidas, indicando hechos y argumentos.
- ▶ Mención de las personas que rendirán declaración en el caso, al igual que el objetivo de su participación en el proceso.
- ▶ Detalle de las pretensiones, incluyendo reparaciones y costas.

### **ESCRITO DE RESPUESTA**

Después se le otorgará al Estado un plazo de 2 meses, con la finalidad de que exponga su posición respecto al caso. De igual modo, es este el momento procesal en el que el Estado podrá interponer las excepciones preliminares que considere convenientes, con el propósito de objetar la admisibilidad o el ejercicio de competencia de la Corte. A su vez, la CIDH y las presuntas víctimas podrán expresar sus observaciones a las excepciones preliminares opuestas por el Estado, en un plazo de 30 días a partir de que reciban la comunicación respectiva.

Al respecto, cuando así lo considere pertinente, el Tribunal podrá convocar a una audiencia especial para excepciones preliminares, después de la cual decidirá sobre las mismas, pero también está facultada para resolver en una sola sentencia las excepciones, el fondo, las reparaciones y costas del caso.

## **AUDIENCIA**

La Corte, dentro de sus sesiones ordinarias o extraordinarias, podrá llevar a cabo una audiencia de carácter público, a menos que por la naturaleza del caso requiera su reserva, en la cual se recibirá prueba oral y escrita, así como los alegatos orales de las partes con respecto a las excepciones preliminares, reparaciones y pretensiones sobre el fondo (Ospina y Galindo 2016).

## **ALEGATOS**

Una vez llevada la audiencia, se reabrirá la fase escrita, para que las partes presenten sus alegatos finales, dentro del plazo de un mes.

Terminada la etapa oral, pueden llegar a surgir dos supuestos: por un lado, podría darse la terminación anticipada del proceso, a solicitud de la parte demandante o bien, que se lleve a cabo la publicación de la sentencia (Ospina y Galindo, 2016).

## **SENTENCIA**

Una vez rendidos los alegatos, la Corte deliberará en privado y aprobará la sentencia, la que deberá estar debidamente fundamentada y la notificará a las partes.

En caso de que la sentencia llegue a ser condenatoria, la Corte ordenará al Estado demandado el pago de una compensación por los daños materiales e inmateriales causados. De igual modo, se condenará al Estado a pagar las costas procesales y a su vez a ejecutar otras formas de reparación, tales como disculpas públicas a las víctimas, modificaciones legislativas (incluyendo reformas constitucionales), entre otras.

Las sentencias de la Corte son definitivas e inapelables. Sin embargo, dentro de los 90 días de la notificación del fallo, las partes pueden solicitar que la Corte interprete el sentido y alcance de éste (Sandoval y Valencia, 2011).

Al emitirse una sentencia en un caso, la Corte supervisará el cumplimiento de su fallo mediante un procedimiento escrito y, de estimarlo pertinente, en una o varias audiencias. Con base en la información presentada por las partes, la Corte emitirá las resoluciones que estime pertinentes para determinar si el Estado ha cumplido o está cumpliendo con lo ordenado en la sentencia. Incluso, el artículo 65 de la CADH faculta a la Corte a informar a la Asamblea General de la OEA, los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

### **3 - INEFICACIA DEL MODELO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y UNA PROPUESTA**

Una de las características fundamentales de todo sistema de tutela de los derechos humanos es la celeridad de las medidas adoptadas. La misma Corte ha sostenido que el plazo razonable es fundamental para que el sistema goce de eficacia y credibilidad.

En el caso de la Comisión, la gran cantidad de peticiones ha propiciado un grave retraso en su atención, lo que, sumado a la falta de contundencia y obligatoriedad de sus determinaciones, provocan que estemos ante un modelo en crisis y que es necesario replantearlo para un eficaz funcionamiento.

De acuerdo con las estadísticas de la CIDH, del año 2006 al 2017, las peticiones recibidas han tenido un incremento constante año con año, siendo casi del 100% en ese periodo, cerrando el 2017 con 2,494<sup>3</sup>, teniendo un acumulado de peticiones pendientes de dictaminar de 4,002, lo cual representó un avance importante respecto del rezago de los años anteriores, en donde en el 2015 se llegaron a tener casi 10,000 peticiones pendientes de dictaminar, justo en plena crisis financiera.

La reducción en más de un 50% de asuntos pendientes de dictaminar del año 2015 para el 2017, obedeció sobre todo al hecho de que la Comisión “*creó un Grupo de Atraso Procesal que consiguió el resultado inédito en la historia del sistema de peticiones y casos de revisar un total de 6405 peticiones en el período entre diciembre de 2014 y julio de 2016*”, tal y como se recapitula en el Plan Estratégico 2017-2021 de la misma Comisión (Comisión IDH, 2017). Asimismo, la CIDH determinó abrir

3 De las cuales México es el país sobre el que más peticiones se han realizado, con un total de 819 y Colombia el segundo con 536.

los casos, pero diferir el tratamiento de admisibilidad hasta el debate y decisión sobre el fondo, precisamente en la resolución 1/16, de fecha 18 de octubre de 2016, en la que se justifica la medida “*considerando la imperiosa necesidad de adoptar medidas que permitan reducir el atraso procesal en el sistema de peticiones y casos, y en el marco de la implementación de otras medidas con el mismo fin*” (Comisión IDH, 2016).

Al incrementarse los ingresos de peticiones, los asuntos en trámite también han tenido un aumento de más del 100% del 2006 al 2017, cerrando dicho año con 2,622. Si contrastamos los asuntos en trámite (es decir, que ya fueron dictaminados), con los informes de fondo y casos presentados ante la Corte, observamos que el desahogo es marginal. Durante los últimos tres años registrados (2015, 2016 y 2017), se han publicado solo 5 informes de fondo cada año; algo similar sucede con los informes de solución amistosa.

Por lo que hace a los casos presentados ante la Corte, se ha mantenido un número más o menos constante de entre 15 y 20 durante los últimos años, siendo de 17 en el 2017, es decir, que de 2,622 asuntos en trámite, solo 17 terminaron por presentarse ante la Corte, lo cual representa apenas el 0.065%, lo que nos deja muy claro que el grueso de los asuntos en el Sistema Interamericano se agotan ante la Comisión, resultando excepcional la presentación de casos ante la Corte.

Debe considerarse que una función relevante de la Comisión, es la emisión de medidas cautelares, cuyas solicitudes también han ido en aumento en más del 300% durante los últimos 10 años. Para el 2017 se recibieron 1,037 solicitudes, de la cuales fueron otorgadas 45, lo cual ha alentado a la Comisión a tomar medidas para aminorar el rezago de dichas medidas que por naturaleza deberían tomarse de manera urgente.

En la resolución 3/2018, de fecha 10 de mayo de 2018, la Comisión arribó a la conclusión de que “*en general, el mecanismo de medidas cautelares no ha sido estimado idóneo para abordar solicitudes*”, por lo que se determinó desactivar varias solicitudes de medidas cautelares, precisamente para agilizar su tramitación y aminorar el rezago (Comisión IDH, 2018).

Para el análisis del modelo, debe partirse de la premisa de que año con año se van incrementando las peticiones de personas que acuden a la Comisión, resultando ya alrededor de 2,500 para el 2017, razón por la cual cualquier esfuerzo por atenderlas de manera pronta y expedita se vuelve ilusorio, porque no se cuenta con la cantidad suficiente de personal que se aboque a dicho estudio.

Luego entonces, cualquier propuesta debe partir de esas dos pre-

misas: La cantidad de peticiones es abrumadora y el personal con el que cuenta la Comisión es limitado y no hay condiciones para que esa circunstancia cambie, debido a la escasez de recursos económicos.

En ese tenor, es comprensible que al año se emitan en promedio solo 5 informes de fondo y otros tantos de solución amistosa. De igual manera, que anualmente se presenten un promedio de 17 casos ante la Corte y se emitan alrededor de 45 medidas cautelares.

En el caso de la Corte Interamericana, de 1979 a 2017 se han emitido las siguientes resoluciones:

Opiniones consultivas	24
Casos contenciosos	351
Supervisión de cumplimiento	492
Medidas provisionales	608

Fuente: Informe Anual 2017

En dicho informe, la misma Corte reconoce que año tras año realiza un gran esfuerzo por resolver oportunamente los casos que se encuentran ante ésta. *“El principio de plazo razonable –se lee en el informe- que se desprende de la Convención Americana y de la Jurisprudencia constante de este Tribunal no solo es aplicable a los procesos internos dentro de cada uno de los Estados Parte, sino también para los tribunales u organismos internacionales que tienen como función resolver peticiones sobre presuntas violaciones a derechos humanos”.*

De acuerdo con el mismo informe anual de la Corte, al 31 de diciembre de 2017, el Tribunal cuenta con los siguientes casos en trámite:

Casos por resolver	35
Casos con sentencia pendiente de cumplimiento y en supervisión	193
Medidas provisionales bajo supervisión.	26
Casos archivados por cumplimiento	32
Duración en el procesamiento de casos	24.7 meses

Así como está el modelo, pareciera existir una duplicidad en las actuaciones de la Comisión y de la Corte. Después de años dedicados al análisis e investigación de la violación de derechos humanos ante la Comisión, en caso de que no haya una solución en esa fase, entonces se judicializa ante la Corte.

Y ya en la fase jurisdiccional, es necesario volver a practicar y presentar los medios de prueba ante la Corte para que ésta esté en posibilidad de emitir una sentencia, todo ello en detrimento de los derechos humanos de las víctimas, porque no obstante haber padecido esa violación en su país, vuelve a vivir un retraso importante en alcanzar una resolución que obligue al Estado a la reparación integral y, finalmente, estar a la espera de que se cumpla esa sentencia, dado que no existen medios coercitivos para lograr tal fin.

Ya desde el año 2000, Sergio García Ramírez, entonces Juez de la Corte IDH, alertaba de la necesidad de mejorar el modelo interamericano, destacando de especial manera la ejecución de las resoluciones de la Corte IDH.

*Concluyo esta breve relación de temas de la justicia interamericana sobre derechos humanos –decía García Ramírez– con la referencia a uno de sus puntos más delicados, de indispensable consideración. Me refiero al cumplimiento de las resoluciones de la Corte. Ese cumplimiento, asociado a la supervisión pertinente, forma parte regular de la jurisdicción: correspondería a la coertio y a la executio de la idea clásica de la jurisdicción.*

*Empero, el proceso ejecutivo plantea problemas específicos en el plano internacional y trae consigo la posibilidad de un déficit de cumplimiento que podría poner en grave riesgo la operación del sistema, y a la postre su propia existencia. Este asunto reclama una atención política esmerada y eficiente. Excede las posibilidades de la Corte Interamericana. Se halla, más que en el proceso judicial, que pronto agota sus posibilidades, en la política, y por ende mejor en la Organización de los Estados Americanos, entidad política, que en la capacidad de la vertiente jurisdiccional del sistema.*

*Por lo anterior, se ha planteado considerar algo más que la norma contenida en el Estatuto de la Corte, que permite a ésta -y además le ordena- informar a la Asamblea de la Organización sobre el incumplimiento de las resoluciones judiciales; acaso será necesario trabajar de nuevo esta materia y localizar el producto de ese trabajo reflexivo en normas nuevas o en un protocolo de la Convención, precisamente para asegurar a tiempo lo que tanto conviene asegurar: el futuro del sistema interamericano de tutela de los derechos humanos (García, 2001).*

De seguir el mismo modelo, con los mismos recursos, el resultado será el mismo. Por ello, enseguida se formulan propuestas de mejora en el diseño de tratamiento, seguimiento y solución del problema grave de violación a los derechos humanos, teniendo como premisa que la Corte deberá de ser un



tribunal permanente, redistribuyéndose de manera equitativa los recursos y el personal que labora en la Comisión, para que pase a formar parte de la Corte.

1. La petición o denuncia de violación de derechos humanos, puede seguir presentándose ante la Comisión, la cual procederá a su revisión y análisis de admisibilidad.
2. En caso de ser inadmisibile se deberá desechar de plano y sin que exista un ulterior recurso.
3. De cumplirse con los requisitos de admisibilidad, la Comisión procederá a presentar el caso ante la Corte IDH.
4. Toda la actuación de la Comisión, en cuanto a la investigación, búsqueda y aportación de pruebas, deberá realizarse como parte del procedimiento ante la Corte, con la intervención de la víctima y sus abogados, quienes serán coadyuvantes de la Comisión.
5. Así, se trará inmediatamente la *litis* entre la Comisión y el Estado demandado, para que, agotadas las formalidades del procedimiento, la Corte IDH proceda a dictar sentencia.
6. Una vez presentado el caso ante la Corte, determinará si lo admite a trámite o es inadmisibile.
7. Si la Corte desecha la demanda se dará por terminado, sin recurso alguno.
8. Una vez admitida la demanda, la Corte emplazará al Estado demandado para que proceda a dar contestación e interponga excepciones, las cuales se resolverán al final, al dictarse la sentencia de fondo.
9. Igualmente, la Corte notificará a las víctimas para que, en su caso, se constituyan coadyuvantes de la Comisión.
10. Con la contestación de la demanda, se dará vista a la Comisión y a las víctimas, para que realicen las manifestaciones que consideren pertinentes.
11. Fijada la *litis*, se dará un plazo razonable para que las partes puedan aportar medios de prueba, sin más limitación que sean pertinentes y necesarias de acuerdo al conflicto planteado.
12. Posteriormente, se llevará a cabo una audiencia (en las sesiones que sean necesarias) en la que se desahogarán las pruebas aceptadas por la Corte.
13. Desahogadas las pruebas se procederá a la etapa de alegatos, mismos que serán escritos. Las víctimas podrán rendirlos independientemente de los que presente la Comisión.
14. Finalmente, la Corte procederá al dictado de la sentencia.

## EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE LA CORTE IDH

Como la Corte no cuenta con medios coercitivos para hacer

cumplir sus sentencias, las Cortes de los Estados parte deben actuar como auxiliares en dicha exigencia de cumplimiento.

Normalmente las Cortes nacionales gozan de la legitimidad y eficacia suficientes para obligar al Estado correspondiente a cumplir sus resoluciones, lo cual pueden llevar a cabo siguiendo el mismo camino que existe para lograr la ejecución de sus propias sentencias, en los mecanismos de control constitucional. Por ejemplo, en el caso de México, cuando una autoridad incumple con una sentencia de amparo o controversia constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tiene la facultad para sancionarla con la separación del cargo y, además, consignarla ante un juez penal por la comisión del delito de incumplimiento de una sentencia.

Por ello, debiera regularse un mecanismo a través del cual las sentencias de la Corte IDH sean ejecutables internamente en el Estado condenado, y sean las Cortes nacionales las encargadas de hacerlas efectivas, con procedimientos coercitivos eficientes.

## **MEDIDAS PROVISIONALES**

Al momento en el cual la Comisión presenta el caso ante la Corte, está en posibilidad de solicitarle la emisión de medidas provisionales o cautelares, que garanticen la preservación de los derechos humanos de las víctimas.

La Corte, al tiempo de admitir a trámite la demanda, determinará la procedencia o no de las medidas provisionales solicitadas. Dicha resolución la emitirá sin que sea necesario escuchar previamente al Estado demandado y se logrará su cumplimiento siguiendo el mismo sistema que para la ejecución de la sentencia de fondo.

## **CONCLUSIONES**

**Primera.** - Del análisis del modelo del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, se ha corroborado que existe una duplicidad en las actividades que se despliegan en la fase previa ante la Comisión IDH y, luego, en la etapa jurisdiccional ante la Corte IDH.

**Segunda.** - El análisis estadístico arroja con toda claridad la ineficiencia del modelo. Por un lado, se aprecia que el rezago está en la Comisión y no en la Corte. El que no haya rezago en la Corte no necesariamente tiene que ver con su eficiencia, porque no obstante no ser un tribunal permanente, cada año emite casi el mismo número de sentencias que casos re-

cibidos. Esto es así porque cada año se le presentan solo entre 15 y 20 casos.

**Tercera.** – Partiendo de las premisas de que existe una gran cantidad de peticiones y que los recursos con los que se cuenta son escasos, la propuesta principal consiste en incorporar a la parte jurisdiccional la actuación de la Comisión y que la Corte sea permanente.

**Cuarta.** – Desde que la Comisión determina la admisibilidad de la petición, debe presentar el caso ante la Corte, de tal manera que toda la investigación y causal probatorio sea presentado en el juicio.

**Quinta.** – Considerando que la Corte IDH no tiene facultades coercitivas, la ejecución de sus sentencias se logrará con el auxilio de las Cortes nacionales, quienes sí pueden obligar y, en su caso sancionar, a las autoridades del Estado condenado.

## FUENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2017) “Plan Estratégico 2017-2021”, Recuperado el 01 de marzo de 2019, de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/PlanEstrategico2017/docs/PlanEstrategico-2017-2021.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2016) “Resolución 1/16 de la CIDH”, Recuperado el 01 de marzo de 2019, de <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-16-es.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2018) “Resolución 3/2018, fortalecimiento al trámite de solicitudes de medidas cautelares”, Recuperado el 05 de marzo de 2019, de <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-3-18-es.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2017) “Informe Anual 2017”, Recuperado el 05 de marzo de 2019, de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2017/espanol.pdf>

Del Rosario Rodriguez, M. (2017) “Las medidas cautelares y provisionales de la comisión y la corte interamericana de derechos humanos función y alcances” Revista praxis de la justicia fiscal y administrativa, Recuperada el 20 de noviembre de 2018, de [http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/pdf/r22\\_trabajo-2.pdf](http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/pdf/r22_trabajo-2.pdf)

Farer T. (2008) “El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos” Informes sobre Países, Promoción y Protección. Recuperado el 15 de enero

de 2019, de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S-0185-013X2015000200454](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S-0185-013X2015000200454)

Faúndez Ledesma, H. (2009) “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y procesales”, Tercera Edición, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)

García Chavarría, A. (2015) “Los procedimientos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos, México, CNDH.

García Ramírez, Sergio (2001), “El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, recuperado el 3 de febrero de 2019, de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3687/4513>

González Morales, F (2010). “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos.” Anuario de Chile, Recuperado el 6 de enero de 2019, de <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/download/11516/11875/>

OEA. (2015). “Estructura y funcionamiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”. Recuperado el 7 de enero de 2019, de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>

OEA. (2019). “Sobre las medidas cautelares”, Recuperado el 15 de enero de 2019, de <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/sobre-cautelares.asp>

Ospina, F. y Galindo Villarreal, J. (2016) “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Universidad de los Andes, Protección Multinivel de Derechos Humanos, Recuperado el 06 de febrero de 2019, de [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh\\_pdf/PMDH\\_Manual.131-164.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/PMDH_Manual.131-164.pdf)

Pelayo Moller, C. (2015). “Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Recuperado el 05 de noviembre de 2018, de [http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas\\_CSIDH\\_IntroduccionSistemaInteramericano-3aReimpr.pdf](http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CSIDH_IntroduccionSistemaInteramericano-3aReimpr.pdf)

Rey Cantor, E. y Rey Anaya, M. (2010) “Medidas Cautelares y medidas pro-

visionales ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Jurídica*, UCES, Recuperada el 10 de noviembre de 2018, de [http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/904/Medidas\\_cautelares\\_Rey\\_Cantor.pdf?sequence=](http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/904/Medidas_cautelares_Rey_Cantor.pdf?sequence=)

Salvioli F. (2001), *Postulados emergentes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al Derecho Internacional Público*. Recuperado el 08 de noviembre de 2018 de, [http://www.iri.edu.ar/publicaciones\\_iri/IRI%20COMPLETO%20-%20Publicaciones-V05/Publicaciones/T4/T404.html](http://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/IRI%20COMPLETO%20-%20Publicaciones-V05/Publicaciones/T4/T404.html)

Salvioli, F. (2004) “La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: marco legal y desarrollo jurisprudencial”; en “Homenaje y Reconocimiento a Antônio Cançado Trindade”; Recuperada el 17 de diciembre de 2018, de <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/la-competencia-consultiva-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-marco-legal-y-desarrollo--2.pdf>

Sandoval, V. y Valencia A. (2011) “Manual básico de Litigio Internacional para la protección de los derechos laborales” GMIES. Recuperado el 08 de noviembre de 2018, de [http://www.gmies.org/litigio-estrategico-para-migrantes-en-mesoamerica/descargas/Manual\\_de\\_Litigio.pdf](http://www.gmies.org/litigio-estrategico-para-migrantes-en-mesoamerica/descargas/Manual_de_Litigio.pdf)

# ACESSO À JUSTIÇA E PROCESSOS ESTRUTURAIS

JOÃO PAULO K. FORSTER<sup>1</sup>

## 1 - INTRODUÇÃO

Há diversos processos, cada um designado a uma diferente área (civil, penal, tributário, administrativo, trabalhista), com sua própria gama de princípios, regras e postulados. Compreendendo o processo com um “fenômeno jurídico complexo” (COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, 2011, p. 15)<sup>2</sup>, é extremamente difícil, talvez impossível, alinhar todos esses diferentes processos sob a estrutura de uma mesma teoria geral. A complexidade dos denominados processos estruturais, medidas estruturais, decisões estruturais, aporta uma série de questionamentos à tradicional estrutura do processo civil. Por isso mesmo sua conceituação moderna requer a vagueza necessária para não restringir a amplitude do fenômeno.

Muito adequada, portanto, a sua compreensão como método institucional de resolução de conflitos (COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, 2011, p. 15).<sup>3</sup> A abertura desse entendimento permite abarcar não apenas a visão mais tradicional possível do processo civil de viés *individualista*, mas também a necessidade da tutela coletiva. Esse indivíduo, ou grupo de indivíduos, que busca o Poder Judiciário, deseja a solução *eficaz* do conflito, vale dizer, ele não quer uma mera resposta: ele necessita que haja uma modificação da realidade apresentada, debatida e decidida através do procedimento. Para além da constatação da mais pura e singela adequação procedimental como já se conhece em perspectiva individualizada, que perpassa as etapas de conhecimento e executiva, cabe ponderar qual o alcance das medidas determinadas pelo magistrado.

Afinal, quando se fala em processos estruturais, põe-se em questão exatamente isso: até onde vai o poder do Poder Judiciário? Pois as medidas necessárias à efetividade de algumas decisões não se esgotam

- 1 Doutor e Mestre em Direito (UFRGS). Professor da Graduação e do Programa em Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado) em Direitos Humanos do UniRitter – Centro Universitário Ritter dos Reis. Advogado.
- 2 COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado, TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Vol. I. 5ª ed. Bologna: Il Mulino, 2011, p. 15.
- 3 Idem, *ibidem*.

em um ato isolado, como poderia sê-lo uma penhora *online*. Não, a adjudicação tradicional não oferece a resposta para o caso. Essa estruturação diferenciada se revela necessária na medida em que, tendo o processo como um instrumento, não se encontram no texto legal as soluções para todos os casos. Nem isso é possível ou desejado.

Isso faz com que o juiz desempenhe um papel que pode ser considerado como *ativista*, em perspectiva interpretativa, já que atua de forma *criativa* na área legal. É muito evidente que se deseja a tutela *efetiva* dos direitos. Isso não seria um problema tão grande quanto realmente se apresenta se isso fosse realizado de forma esporádica, ou dizendo respeito apenas a dois indivíduos tratando de assuntos particulares. Em um sistema em que o precedente<sup>4</sup> ganha cada vez mais força, percebendo que os processos estruturais lidam, na prática, com políticas públicas que podem afetar milhões de pessoas, o assunto ganha uma dimensão muito mais delicada.

Essa eficácia ampla desse tipo de decisão pode, sim, ser extremamente necessária e positiva. Talvez a maior lesividade venha precisamente do Poder Judiciário não exercer essa interferência nas políticas públicas de forma consciente e planejada. Por isso, há de se examinar o tema a partir de sua articulação com o direito fundamental ao processo justo, conectando-o às políticas públicas, examinando, ao final, qual a relação dos processos estruturais com o ativismo e autocontenção judiciais. Para tanto, realizou-se pesquisa de cunho exploratório, em doutrina, legislação e jurisprudência, em perspectiva comparada, valendo-se do método dedutivo.

## 2 - O ACESSO À JUSTIÇA ARTICULADO A PARTIR DO PROCESSO JUSTO

O acesso à justiça de há muito não pode mais ser visto como um princípio, mas sim como um direito de cunho fundamental. Decorre naturalmente do direito fundamental ao processo justo. Ambos os direitos não estão ligados exclusivamente aos processos judiciais, já que, p. ex., os processos administrativos também devem ser justos e não se imagina que a justiça só seja obtida no Poder Judiciário. Acessar à justiça é, portanto, obter a resolução do conflito através dos diversos meios adequados existentes.

---

4 Com suas peculiaridades brasileiras, como visto em FORSTER, João Paulo K., SCHNORR, Ana Manoela Leusin. Precedentes e a correspondente vinculação das agências reguladoras no Novo CPC. In MARQUES, Claudia Lima, REICHELTL, Luís Alberto. *Diálogos entre o Direito do Consumidor e o Novo CPC*. São Paulo: RT, 2017, p. 139 e ss.

O direito fundamental ao processo justo encontra lastro na previsão do artigo X da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>5</sup>, no art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 6º da Convenção Europeia. Ainda que o termo ‘justo’ não se extraia da literalidade dessas disposições, não resta dúvida de que o conjunto de direitos ali reunido caracteriza o processo justo. De seu turno, no Brasil, encontra fundamento no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, apresentando-se como “modelo mínimo de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais.” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012, p. 616).<sup>6</sup>

Como se afirmou, o *processo justo* não se limita, e nem poderia limitar-se, aos processos judiciais, mas também se estende aos processos administrativos, legislativos ou arbitrais. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012, p. 618). Sua aplicação é ampla e irrestrita, destinada ao Estado em todas suas transfigurações (Executivo, Legislativo e Judiciário), estabelecendo um “dever ser de acordo como a norma constitucional”. (PÉREZ, 2002, p. 65)

Assim, na perspectiva do já mencionado “catálogo aberto” de direitos fundamentais, também se apresentam os direitos fundamentais processuais, estaiados no direito fundamental ao processo justo. Por razões óbvias, apresenta-se como o mais amplo dos direitos fundamentais processuais, caracterizando-se “como um modelo em expansão (tem o condão de conformar a atuação do legislador infraconstitucional), variável (pode assumir formas diversas, moldando-se às exigências do direito material e do caso concreto). Revela-se também *perfectibilizável*, na medida em que não é previsão constitucional estanque. Em outras palavras: o legislador infraconstitucional (a exemplo do que ocorre com o Novo Código de Processo Civil) poderá aperfeiçoá-lo. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012, p. 617).

5 “Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.” Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 20.07.2019.

6 A locução “devido processo legal” encontra duras críticas por conta de uma transposição verdadeiramente inadequada do *due process of law* estadunidense para o Brasil, já que, naquele sistema, considerada a perspectiva do *substantive due process of law*, enquanto que, no ordenamento pátrio, “inexiste necessidade de pensá-la para além de sua dimensão processual.” Idem, *ibid*. Não é outra a conclusão do estudo de Sérgio Luís Wetzel de Mattos, de que “devido processo substantivo e justo processo civil não são apenas espécies do gênero devido processo legal, mas, sobretudo, dois aspectos de um mesmo fenômeno, qual seja, o da proteção de direitos contra o exercício arbitrário do poder estatal.” MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 255-256



Na particular temática da variabilidade, percebe-se a existência de conexão íntima entre a organização processual e o direito material, a partir da qual as diversas garantias extraídas do direito fundamental ao processo justo se dinamizam e se inter-relacionam. Tal consideração leva à percepção de que nem todos os direitos fundamentais processuais poderão ser observados em sua plenitude em todos os casos, mas é o seu cotejamento que permite a possível apresentação de um resultado complexo (DENTI, 2004, p. 82), que é a decisão justa.

Tendo como ponto de partida o direito fundamental ao processo justo<sup>7</sup>, o direito fundamental de acesso à justiça ganha corpo diferenciado. Acessar a justiça, como mencionado, não é sinônimo de acesso ao Judiciário, mas sim aceder a diversos meios adequados de solução dos conflitos, todos igualmente aceitáveis. No entanto, na temática dos processos estruturais, faz-se necessário desenvolver o acesso à justiça na perspectiva do Judiciário.

No acesso considerado nas suas qualidades de ‘primeira onda’ (CAPPELLETTI, GARTH, 2002, p. 30), o processo estrutural não parece encontrar dificuldades estranhas aos demais. Uma das premissas fundamentais do acesso à justiça é a necessidade de *igual proteção dos direitos*. Essa consideração impõe superação mandatória da discriminação de acesso aos tribunais, “principalmente das que dependem de diferenças econômicas, sociais e culturais”, no intuito de “garantir a todos o mesmo direito efetivo a buscar proteção dos seus próprios direitos.” (TARUFFO, 2009, p. 34). No entanto, como verificado por Sérgio Arenhart, “o sistema brasileiro ainda possui barreiras relevantes em termos de custo do acesso ao Poder Judiciário.” (ARENHART, 2017). Os óbices de ordem financeira são comuns a todos os processos e os elásticos e subjetivos critérios de assistência judiciária gratuita e a existência da Defensoria Pública auxiliam na ampla maioria dos casos, afinal, a existência de um processo gera uma série de despesas indiretas muito além das custas e demais despesas processuais.

Acessar a justiça, até mesmo reforçada pela ideia da chamada justiça multiportas, é compreender que é fundamental ter acesso à decisão do conflito. Isso passa, portanto, necessariamente pela perspectiva de *adequação* da tutela prestada, bem como pela sua *efetividade*.<sup>8</sup> No tema,

7 Conforme assevera Trocker, justo é o processo que se desenvolve no respeito aos parâmetros fixados nas normas constitucionais e nos valores divididos pela coletividade. TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 55, p. 386, 2001.

8 Ainda que com uma estruturação um pouco diferente, essa a ideia exposta por

se destaca o voto do Ministro Ayres Brito no julgamento do HC 94.000,<sup>9</sup> que bem examina a questão:

(...) Afinal, de nada valeria a Constituição Federal declarar com tanta pompa e circunstância o direito à razoável duração do processo (e, no caso, o direito à brevidade e excepcionalidade da internação preventiva), se a ele não correspondesse o dever estatal de julgar com presteza. Dever que é uma das vertentes da altissonante regra constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (inciso XXVV do art. 5º). Dever, enfim, que, do ângulo do indivíduo, é constitutivo da tradicional garantia de acesso eficaz ao Poder Judiciário (“universalização da Justiça”, também se diz). E como garantia individual, a se operacionalizar pela imposição de uma dupla e imbricada interdição: a) interdição ao Poder Legislativo, no sentido de não poder afastar de apreciação judiciária todo tipo de lesão ou ameaça a direito; b) interdição aos próprios órgãos do Judiciário, na acepção de que nenhum deles pode optar pelo não-exercício do poder de decidir sobre tais reclamos de lesão ou ameaça a direito. É o que se tem chamado de *juízo de proibição do non Liqueur*, a significar que o Poder Judiciário está obrigado a solver ou liquidar as questões formalmente submetidas à sua apreciação. Esta a sua contrapartida, da qual não pode se eximir jamais.

Nesse viés, assegura-se não apenas o mero acesso, mas também a *adequação* e a *efetividade* da tutela, pois “a tutela jurisdicional tem de ser *adequada* para a tutela dos direitos. O processo tem de ser capaz de promover a realização do direito material. O meio tem de ser idôneo à promoção do fim. A adequação da tutela revela a necessidade de análise do direito material posto em causa para, a partir daí, estruturar-se um processo dotado de técnicas processuais aderentes à situação levada à juízo.” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012, p. 630). Como bem salientam FERRI, COMOGLIO e TARUFFO (2011, p. 67), a tutela, em sua perspectiva constitucional, implica a) a possibilidade séria e efetiva de obter do julgador uma decisão de proteção (um juízo de mérito) que seja consentâneo à natureza das situações subjetivas tuteláveis; b) a elasticida-

---

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 628.

9 STF HC 94000, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 17/06/2008, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-02 PP-00252 RTJ VOL-00209-02 PP-006962.

de e a diferenciabilidade das formas de tutela, em relação às características variáveis dos direitos ou interesses postos na demanda; c) a relevância garantista das formas de tutela jurisdicional admissíveis, homogêneas com a situação tutelável e adequadas a tal ponto de lhes outorgar o máximo possível de proteção concreta.

Por outro lado, há de se constatar que a adaptação procedimental abre possibilidades amplas, que vêm sendo mais comumente aplicadas ao processo civil.<sup>10</sup> É que o processo civil naturalmente foi o primeiro a ser “impactado pela judicialização dos megaconflitos, logo se evidenciando a insuficiência – senão já a inadequação – dos instrumentos tradicionalmente concebidos para o manejo de conflitos intersubjetivos, entre pessoas determinadas (...).” (MANCUSO, 2012, p. 407).

Simultaneamente à compreensão da necessidade de adequação procedimental para tutela dos direitos, não se deve ir tão longe que se “permita o afastamento puro e simples do princípio da legalidade das formas processuais e o completo abandono da natureza publicística do processo civil (...).” (GERALDES, 2006, p. 107). Essa conformação do processo à adequação da tutela pretendida encontra, portanto, limites, não apenas da própria lei, mas das bases fundamentais do processo justo. Não se poderia imaginar a criação de um processo estrutural ao completo arrepio do direito fundamental ao contraditório, por exemplo. Afinal, o processo justo é nada mais do que uma corrente de vários elos, estes os direitos fundamentais processuais em espécie. A violação de um destes coloca em risco a integridade da própria corrente, pondo em xeque o objetivo final: a decisão justa.

O processo estrutural – assim como os seus consectários, as medidas estruturais, sentenças estruturais – devem observar o direito fundamental ao processo justo. O acesso à justiça e adequação procedimental são essenciais para o seu desenvolvimento, mas ele se insere em um

---

10 A jurisprudência brasileira vem demonstrando, em diferentes áreas, a adoção de adequações procedimentais em decorrência da instrumentalidade processual, sem que haja lesão aos direitos fundamentais processuais dos jurisdicionados envolvidos. Nesse sentido, converteu-se ação monitória em ação de cobrança (TJSP, 25ª Câmara de Direito Privado, Ap. Cív. 1010068-53.2014.8.26.0114, Rel. Des. Hugo Crepaldi, j. 1º.12.2016). Ainda, em julgamento em segundo grau de ação de família, se dispôs que “Resta doutrinariamente consagrada a circularidade existente entre o direito material e o processual, não podendo a autonomia característica desse último vir a representar entaves formais ao alcance da concretização dos seus próprios escopos - efetivação dos direitos na vida dos litigantes -, sob pena de refletir uma contradição interna ao sistema jurídico” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4018052-40.2017.8.24.0000, de São João Batista, rel. Des. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 05-12-2017).

amplo sistema de direitos que devem ser observados até mesmo para o incremento da qualidade da decisão final. Cumpre assinalar, portanto, que existe uma limitação extraída do rol de direitos fundamentais a esses processos e medidas que, ao mesmo tempo, não pode inviabilizar a realização de políticas públicas através do Poder Judiciário.

### **3 - ALGUMAS LIMITAÇÕES À APLICAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO JUDICIÁRIO**

O Poder Judiciário desde muito interfere em políticas públicas - consciente ou inconscientemente. Quando o faz em processos individuais, repetidamente o faz com total irresponsabilidade, como registra Sérgio Arenhart: “irresponsabilidade não porque os juízes que atuam nesses processos ajam de modo incorreto, mas porque os instrumentos processuais empregados para esse controle são manifestamente inadequados.” (ARENHART, 2015, p. 212). Em certa perspectiva, atuam, sim, de modo incorreto, pois interferem em políticas públicas sem o instrumental adequado para tanto, examinando, no caso concreto, o singelo pedido de um indivíduo, o interesse particular dele – ignorando, dados os limites procedimentais, qual seja o interesse público ou os demais interesses privados naquela situação.

Por isso se fixou no Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 45-9, alguns requisitos para que possa ocorrer a interferência do Poder Judiciário em políticas públicas, naturalmente afeitas ao Legislativo e ao Executivo. São eles, conforme Ada Pellegrini Grinover (2010, p. 30): “(1) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (2) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e (3) a existência de disponibilidade-financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.”

A judicialização do fornecimento de medicamentos, tema antigo e ainda sem solução definitiva, é um bom exemplo dessa prática. Individualmente, milhares de pessoas acessam o Judiciário para obterem medicamentos, que os fornece, sem muito conhecimento das questões orçamentárias envolvidas. Ainda que se possa criticar a doutrina da reserva do possível, o fato é que os recursos estatais são limitados e não é possível atender a todos os anseios populacionais na área da saúde.

Não se fazem apenas críticas. Diversas questões têm sido judicía-

lizadas por conta da morosidade do Poder Executivo em realizar políticas públicas eficazes e diante do desinteresse do Poder Legislativo em instituí-las ou desenvolvê-las. Percebe-se que o Judiciário é capaz de respostas mais rápidas, motivo pelo qual as demandas que envolvam o tema das políticas públicas devem ser mapeadas para que os outros Poderes possam exercer as funções que lhes cabem, o que não tem ocorrido.

Além dos requisitos mencionados, que poderiam se dizer de ordem *material*, existem questões de ordem *formal* a serem observadas quando se trata de processos estruturais. Questões aparentemente singelas relativas ao pedido e ao conceito de parte na demanda tornam-se particularmente complexas quando se trata de processos estruturais. Na primeira temática, a disposição dos artigos 322, 324 e 329, aliados ao artigo 492, todos do CPC/15, com o claro objetivo de promover segurança jurídica, impõe severas restrições à alteração do pedido ou a considerar a possibilidade de pedidos implícitos. Faz-se necessário, no ponto, a superação da rigidez como característica do pedido, pela complexidade dos processos estruturais, abrindo-se a possibilidade de que “ao autor deverá ser facultada a possibilidade de formular, num primeiro momento, um pedido indeterminado, dado que a extensão de sua pretensão poderá ser desconhecida.” (COTA, NUNES, 2018, p. 250).<sup>11</sup>

O tradicional conceito de parte, de seu turno, é outro problema, pois afetará diretamente os limites subjetivos e objetivos da decisão judicial. Nessa perspectiva, autor é quem deduz em juízo uma pretensão (*qui res in iudicium deducit*), enquanto que o réu é o oposto, ou seja, em face de quem a pretensão é deduzida (*is contra quem res in iudicium deducitur*).<sup>12</sup>

11 Concluem os autores: “O que se está defendendo não é uma flexibilização às cegas, mas a valorização do direito e do processo, em vista dos escopos a que este se presta: o da pacificação social e o da efetivação de direitos. Assim, até o fim da instrução probatória, em prol de garantir essa efetividade processual, deve ser franqueado ao autor adequar e modificar sua pretensão, facultando-lhe realizar acertos no seu pedido e em sua causa de pedir, inclusive para incluir novas pretensões, desde que apresentem pertinência com a causa em debate e já estejam, mesmo que de modo incipiente, veiculadas na demanda. Persiste, para o autor, todavia, o dever de fundamentar sua pretensão, apoiá-la na narração exaustiva dos fatos conhecidos no momento do ajuizamento da ação, informando aos demais sujeitos do processo, juiz e réu, todas as questões que envolvem o litígio, buscando delimitar, dentro das possibilidades, seus pedidos.”

12 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1981, p. 264. Veja-se que, na perspectiva da doutrina tradicional, em nada se alterou essa conceituação ao longo dos quase últimos quarenta anos.

Comoglio, Ferri e Taruffo (2011, p. 323) optam por um conceito bem mais abrangente, entendendo ser parte, no âmbito processual civil, “os sujeitos diversos do juiz e de seus auxiliares que realizam atos de um procedimento jurisdicional ou são destinatários dos efeitos dos provimentos do juiz.” Uma visão tão restritiva quanto a que se poderia afirmar ‘clássica’ em matéria de partes dificulta enormemente a eficácia dos processos estruturais, pois é evidente que políticas públicas podem afetar um número altamente expressivo de pessoas e até de entes públicos que jamais participaram daquele processo. A realidade é que “a coexistência humana torna muito difícil isolar os efeitos de uma sentença apenas às partes de uma relação jurídica processual.” (MEIRELES, SALAZAR, 2017, p. 23). Deseja-se observar a segurança jurídica necessária para que as decisões possam surtir efeitos sobre aqueles que participaram em contraditório das demandas, mas esta é uma visão tradicional que deve ser posta sob nova ótica, com grande cuidado, ao se falar em processos estruturais.

Examine-se o caso *Brown v. Board of Education*, julgado na Suprema Corte dos Estados Unidos, que tratava de encerrar as políticas segregacionistas adotadas nas escolas públicas estadunidenses. O caso seguramente afetaria muitas outras pessoas além de Linda Brown, a jovem estudante de nove anos que deseja ingressar na escola, representada por seu pai, Oliver Brown. A complexidade do litígio não advém apenas dos milhares de estudantes negros que se beneficiariam da superação do entendimento estabelecido em *Plessy v. Ferguson* (*‘separate but equal’*), mas especialmente da forma de implantação desse acesso às escolas. Uma decisão judicial de cunho meramente *declaratório*, por mais qualificada fosse, não tinha o condão de alterar drasticamente a realidade racial dos Estados Unidos do meio do século XX. Naturalmente, houve grande dificuldade de implementação da decisão até mesmo do ponto de vista estrutural das escolas, pois não se ocupou de pensar em *como* executar essa política, apenas em estabelecê-la. Por isso, a Suprema Corte estadunidense foi levada a reexaminar o tema no julgado *Brown V. Board of Education II*, determinando a adoção gradual de medidas que visavam o fim da segregação racial, eliminando as disfunções institucionais achadas. (ARENHART, 2014, p. 372).

Esse exemplo, amplamente debatido na doutrina,<sup>13</sup> revela uma situação de indiscutível necessidade de estabelecimento de política pública sem que fosse oferecido, no processo original, efetivo contraditório a *todas* as instituições escolares que seriam afetadas. Ao mesmo tempo, se

13 Como visto em JOBIM, Marco Félix. Medidas estruturantes: Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, *passim*.

percebe que assegurar a participação de *todas* elas no processo tornaria inviável o julgamento. A melhor solução, ao que tudo indica, não é que se aplique para esse tipo de demanda o conceito tradicional de parte e até mesmo de contraditório, mas sim que se tenha uma visão mais abrangente desse entendimento, preservando a segurança jurídica na medida em que essas instituições possam ser representadas por organismos (agências reguladoras, organizações da sociedade civil de interesse público, órgãos de classe, dentre outros) com representatividade *adequada* nesse tipo de demanda. Nessa linha, aplicável aos processos estruturais o entendimento de Gisele Welsch, ao referir a importância do *amicus curiae* em demandas que possam criar *precedente* judicial, justamente para que se possa “legitimar democraticamente a decisão.” (2016, p. 194). Vale dizer, o Código de Processo Civil de 2015 oferece, na linha do artigo 138, de ferramentas capazes de auxiliar na formação, desenvolvimento e decisão dos processos estruturais.

#### 4 - O PROJETO DE LEI 8.058/2014

O Código de Processo Civil de 2015, ainda que tenha instrumentos aptos a auxiliar no desenvolvimento dos processos estruturais, revela-se insuficiente para resolver todas as questões deles oriundas. Por isso, o Projeto de Lei 8.058/2014 vem em boa hora, justamente para disciplinar essas questões, sejam elas de ordem coletiva ou individual, pois contém o reconhecimento de que existem políticas públicas sendo realizadas em demandas individuais, a partir do que dispõe o art. 28.<sup>14</sup> Nessa mesma linha, diante da tradicional opção do sistema jurídico brasileiro por magistrados especialistas em direito (e não em economia ou engenharia) – como ocorre na ampla maioria dos países –, a redação do parágrafo único do artigo 28 do PL é muito adequada, pois determina que “cada circunscrição judiciária organizará e manterá comissão de especialistas destinada a assessorar o magistrado nos diversos setores de políticas públicas, fornecendo dados e informações que o auxiliem em sua decisão.”

14 Art. 28. Na hipótese de ações que objetivem a tutela de direitos subjetivos individuais cuja solução possa interferir nas políticas públicas de determinado setor, o juiz somente poderá conceder a tutela na hipótese de se tratar do mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de forma completa e acabada, nos termos do disposto no parágrafo 1º do art. 7º, e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração

Esse, sem dúvida, é um dos grandes problemas em processos estruturais, a falta de conhecimento, em profundidade, das políticas públicas já estabelecidas e conectadas ao pedido da demanda.

Todavia, o PL tem por objetivo maior o regramento das ações coletivas que interfiram em políticas públicas. Sua complexidade não permite análise exaustiva, por isso o foco será em algumas questões específicas relacionadas ao contraditório, como o tema do *amicus curiae*. O PL cria uma fase preliminar nessas ações coletivas, com participação do Ministério Público e da autoridade responsável pela efetivação da política pública (art. 6º), que deve prestar informações sobre o tema, com possibilidade de antecipação de tutela (art. 7º). A fim de que sejam prestadas as informações necessárias, caso a autoridade quede inerte, o magistrado poderá aplicar todas as medidas previstas no CPC/15 (particularmente o art. 139, IV), a fim de que esta compareça em juízo ou preste as informações. Ao juiz será ainda facultada a assessoria por especialistas (art. 8º, §2º), pedido de informações complementares caso julgue insuficientes aquelas prestadas (art. 9º) e poderá designar audiências públicas, convocando representantes da sociedade civil e de instituições e órgãos especializados (art. 10).

Em não havendo acordo ao longo dessa fase preliminar, o processo seguirá seu curso, na forma do art. 14. Mas o PL destaca que, seja nessa etapa antecedente, seja no processo judicial em si, é permitida a intervenção de *amicus curiae*, pessoa física ou jurídica, que poderá manifestar-se por escrito ou oralmente (Art. 10, parágrafo único). É evidente que o PL, sendo de 2014, é anterior ao CPC/15, sendo que este institui o *amicus curiae* como possibilidade em todos os processos, quando esta não era a regra na vigência do CPC/73. Interessante, de qualquer forma, que precisamente no dispositivo do PL (art. 10) que trata da participação da sociedade civil, de instituições e órgãos especializados, se lembre do *amicus curiae*. Sem sombra de dúvida, uma decisão proferida em processo estrutural requer debate amplo e democrático, e a modalidade de intervenção do *amicus curiae* é uma excelente solução.

São justamente esses elementos do art. 10 do PL que amortecem as exigências do tradicional contraditório. Lembre-se que a noção tradicional de contraditório enquanto singela ciência bilateral das partes dos atos do processo e na possibilidade (ou faculdade) de contraditá-los ganhou complexidade muito maior. Uma visão atualizada do contraditório requer perspectiva mais abrangente, para incluir “todo o material de interesse jurídico para a decisão, tanto jurídico (debate com as partes de todo material jurídico relevante para a decisão) quanto fático (requerimento de provas, indicação dos meios



de prova, participação na sua produção, manifestação sobre ela) tanto de natureza processual quanto material” (ALVARO DE OLIVEIRA, MITIDIERO, 2010, p. 37). Nessa visão, assegura-se às partes o direito de atuação (SOUSA, 1997, p. 47) que influencie na decisão administrativa ou judicial, em todo e qualquer processo, representando a “mais óbvia condição do processo justo” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012, p. 646), e que pode se “realizar de diferentes maneiras no processo” (Idem, ibidem, p. 650).

Revelar-se-ia inviável, nos processos estruturais, que fossem ouvidas todas as instituições afetadas por uma nova política pública. Isso altera bastante a noção dos limites subjetivos da decisão judicial. Quando se imagina uma demanda coletiva, à luz da disposição dos artigos 81 e 103, do CDC, se repensa a coisa julgada *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis*. Normalmente, apenas quem é beneficiado será afetado. No caso dos processos estruturais a lógica não é exatamente esta. No clássico *Brown v. Board of Education*, centenas de escolas precisaram adaptar suas práticas e estruturas físicas à nova realidade que havia posto um fim à absurda segregação racial. Igualmente curioso seria imaginar que a decisão não surtiria efeitos sobre essas escolas simplesmente por não terem participado da demanda original. Por isso configura exigência adequada que a demanda coletiva indique com clareza a autoridade responsável pela implementação da política pública, não se furtando de participarem da demanda outros interessados que possam contribuir imensamente com a qualidade da decisão final.

O PL brevemente examinado configura verdadeiro avanço em matéria de acesso à justiça em processos estruturais, pois joga luz em temas muito delicados, que vinham sendo examinados exclusivamente pela doutrina, ocasionando insegurança jurídica aos jurisdicionados. Essas breves considerações auxiliam na visualização diferenciada do direito ao contraditório, a fim de que não se inviabilize o acesso à justiça em sua perspectiva mais ampla. Contudo, trata-se, ainda, de um projeto de lei. Enquanto o moroso Poder Legislativo não se movimenta, como fazer com as demandas que seguem se apresentando, como aquelas que envolvem catástrofes ambientais?

## 5 - ATIVISMO E AUTOCONTENÇÃO

Há mais de uma década, a expressão ‘Supremocracia’ (VIEIRA, 2008) foi cunhada e amplamente recebida no meio jurídico como sendo uma descrição adequada do fenômeno que o Brasil atravessava. Nesses

últimos dez anos, o protagonismo, de parte do Supremo Tribunal Federal (STF), só fez reforçar a noção de uma possível ‘juristocracia’ (HIRSCHL, 2004) em solo pátrio. Não se pode confundir, no entanto, que o ativismo judicial necessariamente conduza ao cenário em que o Judiciário seria o Poder dominante; nem se pode negar que essa ‘técnica’, se admitida como tal, é o meio necessário para que esse cenário se concretize. Tal qual o debate acerca do realismo jurídico<sup>15</sup>, não cabe aqui ponderar se desejamos ou não cortes ativistas, mas de perceber que já as temos.

A judicialização dos mais variados temas (saúde, educação, política, dentre outros), seja em demandas individuais ou coletivas, confirmando a importância dos processos estruturais, segue colocando o Judiciário nas manchetes dos jornais, forçando os magistrados a decidirem sobre temas que seriam de natural atribuição do Poder Legislativo. Mais, mesmo quando o legislador brasileiro consegue romper sua habitual inércia na produção de texto normativo efetivamente aproveitável aos cidadãos, o Judiciário é frequentemente consultado – e em particular, o STF – sobre a legalidade ou constitucionalidade dessas leis. Nesse contexto, a contraposição entre ‘autocontenção’ (*judicial restraint*) e ‘ativismo’ (*judicial activism*) ganha corpo.

A tutela de todos os direitos é afetada pela postura adotada pelo Judiciário. O fato é que, em se tratando de direitos humanos *sub judice*, os efeitos da decisão propagam-se de forma indeterminada e frequentemente duradoura. Ao saber que o solo jurídico é sempre instável e a evolução dos direitos vem ao custo de certa instabilidade, há de se ponderar o que refere Bobbio, tratando da temática dos Direitos Humanos:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos esses, qual é sua natureza e seu fundamento, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (BOBBIO, 2004, p. 25)

A governança democrática proposta por Bobbio e o desenvolvimento dessas instituições que assegurem os Direitos Humanos, evitando retrocessos indevidos ou apenas seu flagrante desrespeito, passa por considerações de ordem processual, mormente quando se examina a temática do

15 Não cabe pensar se desejamos um modelo “livre” de juiz, cabe admitir que nós já o temos. FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. New York: Tudor Publishing Company, 1936. p. 158.

ativismo judicial. Cabe ponderar, dessa forma, se o emprego de uma postura ativista é consentâneo à proteção dos direitos humanos, na perspectiva dos moldes característicos da segurança jurídica – cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade (ÁVILA, 2012) e da preservação do Estado Democrático de Direito, para preservação do princípio da separação dos Poderes.

Na prática brasileira, o ativismo judicial possui viés diferenciado. Compreenda-se que existe, na realidade, um ativismo que pode ser entendido como ‘liberal’ e outro que pode ser caracterizado como ‘conservador’. Então, a palavra, em si própria, não encerra a completa descrição do fenômeno. No Brasil, o fenômeno impregna todas as instâncias jurisdicionais. Em uma visão mais ampla de ativismo, que corresponde também à ampliação dos poderes do juiz, teremos desde o primeiro grau de jurisdição um julgador que se desvincula do texto legal para proferir suas decisões, ‘criando lei(s)’. Em perspectiva mais restrita, um simples ‘transporte’ do ativismo como se vê no direito estadunidense não é possível.

Enquanto a Suprema Corte Americana tem o poder de definir o resultado da controvérsia não apenas para as partes envolvidas, mas gera precedente, conforme a doutrina do *stare decisis*, as Cortes brasileiras têm resultados diferentes. Em matéria de efetivos precedentes no *Civil Law*, temos de considerar que, no Brasil, eles possuem eficácia vinculativa diferenciada. Para tanto, tome-se como exemplo a classificação dos precedentes judiciais efetuada por Hermes Zaneti Jr., que indica: “(1) precedentes normativos vinculantes, (2) precedentes normativos formalmente vinculantes e (3) precedentes normativos formalmente vinculantes fortes” (2016, p. 322). Então, o estudo do ativismo no Brasil passa, necessariamente, por uma melhor compreensão desse sistema de precedentes diferenciado e a noção de que o ativismo, nessa linha, pode ser um ‘risco’ menor em cortes inferiores e sistêmico se considerarmos a atuação das Cortes Superiores brasileiras.

Contudo, se pensarmos o processo estrutural ligado à criação ou modificação de políticas públicas mesmo em perspectiva de demandas individuais, a ideia de ‘risco’ está sempre presente. O juiz ativista, no caso, não é apenas aquele que age no vácuo deixado pela inércia legislativa, mas também aquele que age diante da inação do Poder Executivo em matéria de políticas públicas. Nesse contexto, verifica-se que o PL 8.058/2014 ajudaria em grande monta a restringir, através de procedimentos diferenciados, o ativismo com consequências materiais. Diga-se que o instrumento do *amicus curiae*, com a amplitude que lhe foi conferida pelo art. 138, do CPC/15, auxilia imensamente nessa questão, suprimindo as deficiências do processo

civil tradicional especialmente no tocante ao contraditório, como se viu.

Aliado a isto, ainda que não haja espaço para um procedimento de duas etapas como o PL 8.058/2014 objetiva implementar, o CPC/15, em seu artigo 139, IV, assegura ao magistrado o poder de “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial”, podendo, ainda, “promover, a qualquer tempo, a autocomposição”. Isso permitiria a realização de audiências adicionais além das usualmente previstas em lei. Todas as opções que o legislador colocou ao alcance do magistrado devem ser utilizadas a fim de que a prestação jurisdicional ganhe em efetiva qualidade, evitando-se, a todo custo, criar um problema maior através de uma política pública ruim, não porque indevidamente criada pelo Poder Judiciário, mas porque criada de maneira formalmente comprometida.

## 6 - CONCLUSÕES

Neste momento histórico, a palavra chave para compreensão dos processos estruturais é *flexibilidade*. Ao mesmo tempo em que ela auxilia no entendimento dos processos estruturais, também entrega resultados melhores quando de seu desenvolvimento e termo. Justamente pelo fato de o processo civil, em sua perspectiva tradicional, ter sido construído de maneira tão formal – com suas razões, pois o processo é resultado da cultura de determinada época – é que ele não comporta bem a noção de processo estrutural.

Os conceitos de parte, pedido e contraditório, tão claros e bem estabelecidos para demandas individuais ou até mesmo para determinadas demandas coletivas, torna-se particularmente complexo quando se colocam as grandes linhas dos processos estruturais. Por isso, faz-se necessária uma revisão desses conceitos, a fim de que se possa assegurar efetivamente o *direito fundamental de acesso à justiça*, entendido em sua perspectiva ampla, não apenas de acesso, portanto, mas de tutela *adequada e efetiva*. A efetividade acabaria comprometida se, em todas as demandas estruturais, o contraditório houvesse de ser observado como em processos tradicionais. Por isso o *amicus curiae*, devidamente regulado pelo CPC/15, é instrumento precioso para que se assegure uma prestação jurisdicional mais completa, suprindo o dever de influência que talvez alguns dos possíveis afetados não possa realmente desenvolver.

Nessa linha, o juiz de corte ativista, assaz comum no direito brasileiro, possível criador/modificador de políticas públicas, enquanto não

aprovado o PL 8.058/2014, pode - e deve – se valer dos mecanismos processuais que já estão ao seu alcance desde a edição do CPC/15. Essas medidas criam um ambiente no qual se pode aspirar o verdadeiro acesso à justiça, com uma tutela adequada e eficaz.

## 7 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. 2a. ed. São Paulo: RT, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. Acesso à Justiça: Relatório Brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, vol. 6, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 15-36, jul.-dez./2017.

ARENHART, Sergio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado: RPC*, v. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1981.

COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado, TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Vol I. 5ª ed. Bologna: Il Mulino, 2011.

COTA, Samuel Paiva, NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro. *RIL*, Brasília a. 55 n. 217 jan./mar. 2018.

DENTI, Vittorio. *La Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2004.

FORSTER, João Paulo K., SCHNORR, Ana Manoela Leusin. Precedentes e a correspondente vinculação das agências reguladoras no Novo CPC. In MARQUES, Claudia Lima, REICHEL, Luís Alberto. *Diálogos entre o Direito do Consumidor e o Novo CPC*. São Paulo: RT, 2017.

FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. New York: Tudor Publishing Company, 1936.

GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da Reforma do Processo Civil*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do curso de direito da faculdade de humanidades e direito*. v. 7, n. 7, 2010.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, *passim*.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*. São Paulo: RT, 2012.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MEIRELES, Edilton. SALAZAR, Rodrigo Andres Jopia. Decisões estruturais e o acesso à Justiça. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 21–38, jul./dez. 2017.

PÉREZ, David Vallespín. *El modelo constitucional de juicio justo em el ámbito del proceso civil*. Barcelona: Atelier, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. Lisboa: Lex, 1997.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*, Padova: CEDAM, 1975.

TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Traduzido por Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009.

TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 55, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo: RT, v. 8, p. 441-464, jul./dez. 2008.

WELSCH, Gisele. *Legitimação Democrática do Poder Judiciário no Novo CPC*. São Paulo: RT, 2016.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

# OMISIÓN LEGISLATIVA: MEDIO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO<sup>1</sup>

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO<sup>2</sup>

HUGO CARRASCO SOULÉ<sup>3</sup>

## 1 - INTRODUCCIÓN

El poder legislativo, o el ejecutivo al ejercer su facultad reglamentaria, pueden dejar de emitir una ley o un reglamento, o bien dejar de formular una reforma, que sea necesaria para el cumplimiento de los mandatos constitucionales, ya sea por negligencia, por descuido, por desinterés o por la lucha política interna entre los órganos parlamentarios; dicha omisión normativa puede afectar la supremacía y eficacia constitucional, pero además con tal pasividad es factible que se vulneren derechos humanos, lo que hace necesario contemplar mecanismos y tribunales para regular este abandono reglamentario y expandir la protección a través del juicio de amparo.

## 2 - MÉXICO

Ha sido voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática y federal, compuesta por 31 Estados libres<sup>4</sup> y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la

- 1 Artículo resultado del Proyecto de Investigación de la Estancia Posdoctoral Vinculada al Fortalecimiento de la Calidad del Posgrado Nacional del Conacyt en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco 2018 del Doctorado Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos.
- 2 Profesor en Estancia Posdoctoral de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco e Investigador Nacional por el SNI-Conacyt. Nivel 1. Líneas de investigación: Derechos Humanos; derecho constitucional y derecho convencional. Correo: lazcanoalf14@hotmail.com
- 3 Doctor en Derecho y catedrático de la Facultad de Derecho de por la Universidad Nacional Autónoma de México
- 4 El Artículo 43 Constitucional establece que las partes integrantes de la Federación son los Estados de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila de Zaragoza, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca,



Ciudad de México; todos ellos unidos en una federación<sup>5</sup>. De esta forma, hay 31 constituciones locales<sup>6</sup> y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en lo sucesivo CPEUM). Dentro de este contexto, el artículo 115 de la CPEUM reafirma que: “*Los Estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, democrático, laico y popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre...*”. De esta manera, queda claro que cada Entidad federativa que compone la federación mexicana es soberana y autónoma en cuanto a su régimen interior. Asimismo, la Federación apoyada en el pacto constitucional que dieron sus integrantes, cuenta también con su propio régimen.

Dentro de este contexto, es menester analizar cómo ha sido acogido en ambos regímenes—el local, y el federal—, el tema de la acción por omisión legislativa.

A nivel federal no ha sido implementada la acción por omisión legislativa, ya que el artículo 105 de la CPEUM prevé solamente como medios de control constitucional: las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.

La acción por omisión legislativa como un proceso autónomo con características propias, se ha establecido en algunas entidades de la federación como un medio de control constitucional, ésta se encuentra establecida en las constituciones estatales de Tlaxcala, Veracruz<sup>7</sup>, Chiapas, Quintana Roo, Coahuila, Estado de México; sin embargo, en cada caso es regulado de forma heterogénea.

---

Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas; así como la Ciudad de México.

- 5 A pesar de que México está constituida formalmente como una federación, es fundamentalmente un sistema de facto centralista, en proceso lento de descentralización. Las políticas más trascendentes son impuestas o copiadas por los estados desde el centro. Lo que ha hecho que las constituciones locales pasen desapercibidas e inclusive, en las instituciones superiores de educación, éstas no son contempladas con los programas de estudio, mientras que la federal es la “única” que se estudia.
- 6 La Constitución Política de la Ciudad de México entró en vigor el 17 de septiembre de 2018, excepto las disposiciones relativas a los derechos y relaciones laborales entre las instituciones públicas de la Ciudad y sus trabajadores que entrarán en vigor el 1° de enero de 2020.
- 7 Veracruz fue la primera entidad que la introdujo la acción por omisión legislativa en el 2000, así: “*La resolución determinará un plazo que comprenda dos periodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que éste expida la ley o decreto de que se trate la omisión. Si transcurrido este plazo no se atendiere la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto*”.

### 3 - JUICIO DE AMPARO

El juicio de amparo en México existe desde 1841 (Yucatán) a nivel estatal, y en el ámbito federal a partir de la Constitución de 1857 como medio de control constitucional de protección de derechos fundamentales o derechos humanos reservado exclusivamente a los particulares.

La CPEUM fue reformada el 2011, esencialmente, el primer capítulo que se refiere a los derechos humanos y en materia de juicio de amparo. Antes de estas modificaciones el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCNJ) había determinado que el juicio de amparo era improcedente para cuestionar la inconstitucionalidad por omisión legislativa o reglamentaria, criterio superado a raíz del cambio de la CPEUM, tal y como se desprende de la siguiente tesis:

*Omisión legislativa o reglamentaria. Hipótesis en que es procedente el amparo indirecto (2016, p. 2995). El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo la tesis aislada de la improcedencia del juicio de amparo, cuando se impugna la omisión de la autoridad para expedir disposiciones de carácter general porque, en esos casos, podrían darse efectos generales a la ejecutoria vinculando no sólo al quejoso y a las responsables, sino a todos los gobernados y autoridades relacionadas con la norma creada, contraviniendo el principio de relatividad de las sentencias. Dicho criterio fue emitido antes de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de seis de junio de dos mil once, así como del decreto por el que se expidió la nueva Ley de Amparo de dos de abril de dos mil trece por lo que, administrando ambas reformas, actualmente es factible considerar que el amparo es procedente cuando se reclama la omisión legislativa o reglamentaria, por lo menos, cuando hay un mandato constitucional o legal que obligue a una autoridad y éste no se ha ejecutado. En tal virtud, cuando se impugna la omisión legislativa o reglamentaria debe demostrarse que el deber de actuar de la autoridad en cierto sentido existe, esto es, que un mandato legal obliga a una autoridad a expedir una disposición de carácter general; y quien tenga interés legítimo puede acudir a reclamar el inactuar de la autoridad. En esa circunstancia, el juicio de amparo sí es procedente cuando se trate de una omisión legislativa o reglamentaria, porque en ese supuesto no se pretende satisfacer un interés particular, sino uno legítimo para el cumplimiento de un mandato legal ya existente.*

Por lo tanto, en la actualidad, es posible que, a través de este medio de control existente en favor de los particulares se impugne como acto re-

clamado la omisión de la creación de normas, y no como un proceso autónomo proveniente de una facultad o atribución de los órganos de gobierno.

Dentro de este contexto, la primera sala de la SCJN ha considerado que en el marco del juicio de amparo sólo hay una omisión legislativa propiamente dicha cuando existe un mandato constitucional que establezca de manera precisa el deber de legislar en un determinado sentido y esa obligación haya sido incumplida total o parcialmente. En caso de no existir un mandato constitucional que establezca con toda claridad el deber de legislar o bien cuando el ejercicio para legislar es potestativo (2018, P. 3101), entonces no procede el amparo (2018, p. 1100). Al respecto el siguiente criterio:

*Omisión legislativa. Su concepto. Una de las funciones primordiales en que se desarrolla la actividad del Estado es la legislativa, generando normas que permitan la convivencia armónica de los gobernados, la realización y optimización de las políticas públicas del Estado, además de garantizar la vigencia y protección de los derechos fundamentales de las personas. En este contexto, la Norma Fundamental se concibe como un eje y marco de referencia sobre el cual debe desenvolverse el órgano estatal, constituyendo en sí misma un límite y un paradigma de actuación de la autoridad, cuando sea conminada para ello por el Constituyente. Estos mandatos de acciones positivas adquieren especial significado, sobre todo cuando el efecto es dotar de contenido y eficacia a un derecho fundamental, el cual contempla una serie de postulados que representan aspiraciones programáticas, pero también de posiciones y status de los titulares de esos derechos, deviniendo ineludible y necesario el desarrollo de tareas por el legislador ordinario con el propósito de hacer efectivos los derechos previstos en la Ley Fundamental como un sistema de posiciones jurídicas que incluye derechos, libertades y competencias. Por tanto, pueden darse deficiencias dentro del proceso legislativo que producen una falla en el mandato constitucional, ya sea derivado de descuido, olvido o insuficiencia en la creación de la norma o legislación sobre determinados rubros. En este sentido, la omisión legislativa puede definirse como la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivo, de aquéllas normas de obligatorio y concreto desarrollo, de forma que impide la eficaz aplicación y efectividad del texto constitucional, esto es, incumple con el desarrollo de determinadas cláusulas constitucionales, a fin de tornarlas operativas, y esto sucede cuando el silencio del legislador altera el contenido normativo, o provoca situaciones contrarias a la Constitución. (2013, p. 1200).*

El artículo 1º de la CPEUM dispone la obligación a todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, lo que constriñe a los órganos jurisdiccionales a otorgar el servicio de acceso a la justicia de manera amplia y efectiva.

*Omisión legislativa o reglamentaria. Su reclamo no constituye un motivo manifiesto e indudable de improcedencia de la demanda de amparo. A partir de la reforma constitucional de 6 de junio de 2011 se prevé, expresamente, la obligación de las autoridades de garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, mientras que el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos garantiza el acceso a una tutela judicial efectiva. En ese sentido, se concluye que no constituye un motivo manifiesto e indudable de improcedencia de la demanda de amparo, que se reclamen omisiones legislativas o reglamentarias, pues para advertir si existen o no, el Juez de Distrito debe revisar: a) si hay un mandato normativo expreso que implique el actuar de la autoridad en la forma que se reclama; b) si se configura la omisión del cumplimiento de tal obligación; y, c) si esa abstención vulnera un derecho humano. Lo anterior requiere un análisis que debe realizarse en la sentencia y no en un acuerdo de desechamiento, por lo que no es un motivo notorio y manifiesto de improcedencia (2016, p 2996).*

Un elemento importante para determinar si hay o no omisión legislativa o reglamentaria es el tiempo transcurrido entre la vigencia de norma constitucional que requiere para su desarrollo de la ley o reglamento o en su caso el vencimiento del plazo otorgado por el constituyente, en el primer supuesto es posible por analogía hablar del plazo razonable y utilizar los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que en la práctica cada caso presenta ciertas particularidades:

*El artículo 8.1 de la Convención también se refiere al plazo razonable. Este no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar*

*la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales (1997, Párrafo 77).*

*[...] la Corte ha establecido, respecto al principio del **plazo razonable** contemplado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del **plazo** en el que se desarrolla un proceso: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales<sup>123</sup>. No obstante, la pertinencia de aplicar esos tres criterios para determinar la razonabilidad del **plazo** de un proceso depende de las circunstancias de cada caso<sup>124</sup>. Además, en este tipo de casos, el deber del Estado de satisfacer plenamente los requerimientos de la justicia prevalece sobre la garantía del **plazo razonable** [...] (2006, párrafo 149).*

La omisión legislativa o reglamentaria incide en dos principios: el de legalidad, máxime tratándose de derechos humanos de naturaleza social y económicos que exigen prestaciones asignadas como obligaciones al Estado; y, el otro, el acceso a la justicia o la función jurisdiccional del Estado que exige la reparación en caso de violación de derechos humanos; así se determina en el siguiente criterio:

*Omisión legislativa. Notas distintivas. La omisión legislativa es la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivo, de aquellas normas de obligatoria y concreta realización, de forma que impide la eficaz aplicación del texto constitucional; esto es, incumple con el desarrollo de determinadas cláusulas constitucionales a fin de tornarlas operativas y esto sucede cuando el silencio del legislador altera el contenido normativo o provoca situaciones contrarias a la Constitución. De ello, se deduce que la nota distintiva de dicha figura jurídica consiste en que la norma constitucional preceptiva ordena practicar determinado acto o actividad en las condiciones que establezca, pero el destinatario no lo hace en los términos exigidos, ni en tiempo hábil; así, la omisión legislativa no se reduce a un simple no hacer, sino que presupone una exigencia constitucional de acción y una inacción cualificada. Lo anterior responde a que, para hacer efectivos los derechos fundamentales, existen dos principios a colmar, el primero llamado de legalidad que, en tratándose de ciertos derechos fundamentales, especialmente los sociales, exige que ciertas prestaciones sean impuestas como obligaciones a los poderes públicos y no abandonadas al arbitrio ad-*

*ministrativo, por lo que legislativamente es necesario se colmen sus presupuestos vinculantes e identifiquen con claridad los órganos y procedimientos; y, el segundo, es el jurisdiccional, imponiendo que las lesiones a los derechos fundamentales deben ser justiciables y reparadas, especialmente cuando se incide en el núcleo esencial de los derechos, o se desatiende el mínimo vital que debe ser protegido y garantizado. En suma, es necesario que para obtener la efectividad de los derechos fundamentales se disponga de acciones judiciales conducentes a que sean aplicables y exigibles jurídicamente, lo que requiere de una normativa jurídica adecuada (2013, p. 1199).*

Por último, si la omisión legislativa absoluta consiste en un acto de carácter negativo por el incumplimiento del deber de legislar o de proveer en la esfera administrativa un debido acatamiento, y durante la tramitación del amparo la autoridad cumple con el mandato constitucional a que estaba sujeta, expidiendo la normatividad correspondiente, deja de existir el acto omisivo reclamado y, en consecuencia, al cesar sus efectos, el juicio debe sobreseerse, ya que se actualiza la causal de improcedencia contemplada en el artículo 61, fracción XXI, de la Ley de Amparo que prevé que el juicio es improcedente cuando hayan cesado los efectos del acto reclamado (2018, p. 1186).

#### **4 - SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL**

La supremacía constitucional es un principio básico y elemental del contenido de los medios de control constitucional. Todo proceso o procedimiento de esta naturaleza, tendrá en su contenido el determinar el acatamiento del acto u omisión impugnado a lo ordenado por la carta magna: es decir, una litis de carácter constitucional.

Todo acto u omisión de autoridad, incluyendo los del legislador, que sea contrario a la constitución deben ser combatidos, para corregirse y abolirse.

Para que puedan operar las controversias constitucionales, en sentido amplio, es necesario establecer la hegemonía de las normas constitucionales sobre cualquier otro acto, además, por cuestión esencial de orden, primero es ineludible crear las normas y principios fundamentales a las que deban ceñirse las demás disposiciones.

Establecer una jerarquía formal no material, una serie de categorías, donde unas sucedan a las otras, para evitar, en lo posible, el incumplimiento

a las de mayor rango, y los mecanismos de corrección cuando esto ocurra.

Sin este orden cualquier sistema jurídico estaría condenado al fracaso.

La Constitución es el documento político principal en cuyo contenido se encuentran normas fundamentales del sistema jurídico, las cuales están en la cúspide del universo del derecho mexicano, a ésta deben sujetarse todos los actos de los gobernantes, quienes están obligados al cumplimiento cabal de sus postulados.

La Constitución es ley primaria de un Estado soberano, en ésta se establecen los límites y obligaciones de las autoridades; se define las relaciones entre los gobernados y gobernantes, así como la estructura y competencias de quienes detentan el poder. En la Constitución se fijan las bases para gobernar.

La norma de normas para su eficacia requiere de instrumentos de defensa, para hacer efectiva su preminencia frente a cualquier ley secundaria, acto u omisión, que límite o restrinja sus postulados y directrices.

La Constitución no debe convertirse en un documento lleno de buenas intenciones y estériles disposiciones. De ahí que es vital la defensa de su acatamiento mediante una serie de instrumentos de control de los actos de las autoridades.

Este análisis se ve reflejado en el contenido del derecho sustantivo constitucional. Los preceptos 1º, 40 y 133 de la CPEUM establecen la jerarquía del orden jurídico nacional.

Así, Arteaga Nava (2003, p. 13) sostiene que: “En la Constitución mexicana el principio que establece su supremacía, el que determina su jerarquía superior respecto de todo el orden normativo que existe en el país, el que le da tributo de ser fundamental y que asigna a todo lo que no sea ésta el carácter de derivado, el que le atribuye su calidad de superior se ha consignado con fines netamente pragmáticos... El principio se consigna de manera general de dos formas: una explícita, en el art. 40, el que dispone que es una ley fundamental... la otra, implícita, que se desprende del término que se utiliza para denominarla: constitución; lo es porque constituye, faculta y limita”.

Para proteger la supremacía constitucional se han diseñado una serie de procedimientos y procesos, que se distinguen de los procesos ordinarios como explica Villalba Bernié (2017, p. 558):

Los procesos constitucionales tienen por fundamento asegurar la supremacía constitucional, mediante el control constitucional permanente, como también bregar por el afianzamiento de los derechos fundamentales y los derechos humanos en el orden jurídico por medio de la actuación del órgano constitucional.

## 5 - CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

Un instrumento procesal para su relevancia práctica requiere de derechos sustantivos a tutelar. La Constitución cuenta con diversas clases de normas, algunas de eficacia propia y otras requieren para su vigencia una ley reglamentaria, así como las que prevén aspectos político-sociales.

Carlos Báez Silva (2003, p. 877), apoyándose en Gustavo Sagrebelsky, explica claramente los tipos de normas constitucionales:

a) Normas de eficacia directa: Las que son “idóneas de por sí (directamente) para regular situaciones concretas.”

b) Normas de eficacia indirecta: Las que “necesitan ser actuadas o concretadas a través de una posterior actividad normativa”.

Estas son normas no suficientemente completas como para poder ser operadas o aplicadas en forma directa por los oficiales de la administración pública, los particulares o los jueces. Requieren para ello un posterior desarrollo normativo, atendiendo al sistema de fuentes que la propia Constitución establezca. En esta categoría se ubican diferentes tipos de normas:

Las normas constitucionales de eficacia diferida: son normas de organización de los llamados “poderes” estatales y de sus instancias de dirección. Por ejemplo, no obstante las reglas específicas de los artículos 51 a 54 de la CPEUM, es necesario contar con una ley electoral que los desarrolle para integrar las cámaras federales; por otra parte, puesto que el artículo 105 señala las hipótesis en las que se pueden presentar acciones de inconstitucionalidad y de controversia constitucional, pero no el procedimiento a seguir, se hace necesaria una ley que haga plenamente eficaz este dispositivo constitucional. En general, cabría incluir aquí a las disposiciones constitucionales que para su plena eficacia requieren de la presencia de las denominadas “leyes orgánicas”.

En México se pueden identificar, entre otras, las siguientes normas constitucionales de principio: “Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos”, “El varón y la mujer son iguales ante la ley”, “A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos”, “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”. En este caso es importante hacer notar que, bien es cierto que corresponde al legislador permanente concretar estos principios, ello no obsta para que, en caso de no hacerlo, sean los jueces quienes realicen esa labor de concreción, mediante su función de interpretación.



Por ello es que las normas de principios, necesitan de determinación o especificidad, pueden gozar de eficacia directa, mediante la intervención de los intérpretes, aunque en ningún instante éstos podrán sustituir al legislador en su labor.

Las normas constitucionales programáticas: puesto que pueden llegar a confundirse, es preciso comparar éstas con las normas de principio, con el fin de reconocerlas: “las normas programáticas se refieren esencialmente a los aspectos político-sociales, mientras que los principios se refieren a la coherencia interna del ordenamiento, respecto a determinados supuestos iniciales: los programas miran al fin; los principios, al inicio de una acción normativa”. También de este tipo de normas constitucionales encontramos buenos ejemplos en nuestro sistema: en tanto que “Todo individuo tiene derecho a recibir educación” (norma de principio), “El Estado -Federación, Estados y Municipios- impartirá educación preescolar, primaria y secundaria” (norma programática); puesto que “Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral” (norma de principio), “El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos” (norma programática).

No se debe perder de vista que, aunque se puedan clasificar de distintas maneras, las normas constitucionales, en tanto constitucionales, son supremas todas y, en tanto, normas jurídicas, son coercitivas. Decir de una Constitución que tiene fuerza normativa significa que tal instrumento es *eficaz*, es decir, que los sujetos a él sometidos convierten a esa Constitución en motivo esencial de sus acciones. Siguiendo las ideas apuntadas sobre el Estado de derecho, cabe decir que una Constitución normativa es aquella que se convierte en *regla* de acción del poder político y de los individuos, no en *instrumento* de dominación de unos sobre otros.

## 6 - JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN CHIAPAS

En las entidades del país ha quedado rezagada la independencia del Poder Judicial respecto del ejecutivo, casi congelada, en contraste con los pasos aparentemente dados a nivel federal o al menos sin una desfachatez palpable en las intromisiones. Los gobiernos en turno no dejan de reflejar e impactar su hegemonía sobre la administración de justicia.

Cuando los gobernantes terminan su encargo, pretenden convertir al Poder Judicial en una isla, donde puedan todavía influir y les sirva como capa protectora de impunidad. Pero poco les dura el gusto, decreto mata decreto, la nueva oleada gubernamental no tarda en destruir la barrera ficticia invocada al amparo de los ideales de Montesquieu, y se imponen los intereses del monarca nuevo.

La justicia constitucional en Chiapas no es ajena a ello, más bien ha sido arma no para frenar los actos inconstitucionales, sino para desarropar a los contrarios y cobijar a los grupos de burócratas del ejecutivo en turno.

La justicia constitucional no ha sido más que una ficción hasta ahora. No responde a una necesidad. Ha sido implantada artificialmente, ajena al concierto social de la vida de la entidad. En contraste la tarea de los juzgados de la justicia no constitucional, ha sido reducida, por ejemplo, en los juzgados civiles de Tuxtla Gutiérrez las coordinaciones de actuarios han desaparecido; se ha acortado el número de tres a dos actuarios por juzgado; se han extirpado las oficialías de partes de los juzgados civiles y familiares.

## 7 - ACCIÓN POR OMISIÓN LEGISLATIVA

La acción por omisión legislativa está regulada por la Ley de Control Constitucional del Estado de Chiapas (En lo posterior LCC), publicada en el Periódico Oficial del Estado el 27 de noviembre de 2002; la LCC conformada por 101 artículos y un transitorio, es reglamentaria, a partir de la última reforma de 2014 de la Constitución Política del Estado de Chiapas (En los sucesivo CPECH) de los artículos 63 y 64.

La LCC cuenta con cuatro títulos: disposiciones generales; controversias constitucionales; las acciones de inconstitucionalidad y las acciones por omisión legislativa, sin que reglamente la fracción IV del numeral 64 de la CPECH que se refiere a las cuestiones de constitucionalidad o consultas judiciales de constitucionalidad.

La LCC establece en la parte del considerando que *el objetivo primordial de la acción por omisión legislativa es la de garantizar que el poder legislativo como ente público del Estado cumpla con su deber de dotar a la comunidad de la cual emana las leyes y disposiciones legales que permitan la armónica convivencia de los miembros de esta. La acción por omisión legislativa tiene por objeto también evitar que el legislador ejerza su poder en contravía del sistema axiológico de la constitución o de los derechos fundamentales de cada uno de los habitantes del territorio, de esta forma*

*surge la necesidad no sólo de controlar la constitucionalidad de sus actos sino también de garantizar que la comunidad [no] sufra algún perjuicio por parte del legislador al actuar al margen del derecho constitucional y en violación del mandato claro del constituyente.*

## 1 - PRECEDENTE

En el siglo pasado, en algunos sistemas políticos afloró el desarrollo de una serie de mecanismos legales tendientes a proteger la eficacia de las constituciones, principalmente para oponerse, ante una instancia judicial, a los actos de los gobernantes que transgredían los postulados plasmados en la norma fundamental, al actuar de acuerdo a sus intereses, muchas veces contrarios a los ideales de la ley suprema.

Los tribunales de esta clase surgen en Europa y después se fueron extendiendo a otros países<sup>8</sup>. Hoy en día, el concepto de justicia o jurisdicción constitucional ha evolucionado. Al grado de sistematizar una disciplina denominada derecho procesal constitucional.

“El poder es la capacidad de pocos de hacerles creer a muchos lo poco que importan”.

En Chiapas el miércoles 6 de noviembre de 2002 se publicó en el Periódico Oficial del Estado la reforma constitucional que transformó al Poder Judicial local. Se crearon instrumentos jurídicos en materia de justicia constitucional provincial, como existen en los Estados de Chihuahua, Coahuila, Tlaxcala, Veracruz y Estado de

---

8 Hans Kelsen influyó en forma determinante en la creación de los primeros organismos jurisdiccionales especializados, establecidos por las cartas de Checoslovaquia y de la República Federal de Austria en 1920. Siguiendo en Italia (1948); República Federal de Alemania (1949); la antigua Yugoslavia (1953-1974); Chipre (1960); Grecia (1975); Portugal (1976-1982); España (1978); Bélgica (1980) Francia (1958); Turquía (1961-1982). Posteriormente en Europa del Este con la desintegración del mundo soviético; Polonia (1982-1986); Hungría (1989); Croacia (1990); Bulgaria (1991); Eslovenia (1991); Rumania (1991); Yugoslavia (1992); Estonia (1992); Albania (1992); República Checa (1992); Eslovaquia (1992); Macedonia (1992); Republicas Federativas Rusa (1993); Moldavia (1994); Bosnia-Herzegovina (1995) Ucrania (1996) y Letonia (1996). En forma progresiva se ha introducido las instituciones de justicia constitucional en los países latinoamericanos: Ecuador (1948); Guatemala (1965-1985); Chile (1970-1973-1980-1989); Perú (1979 y 1993); El Salvador (1983-1991); Costa Rica (1989); Paraguay (1992); Colombia (1991); Bolivia (1994); Nicaragua (1995); Venezuela (1999); Brasil (1993); México (1995), y Ecuador (1996-1998).

México. Sin que entre las entidades haya identidad entre los mecanismos legislados creados.

## 2 - DEBATE PREVIO

Cabe destacar el nulo debate legislativo previo a la aprobación de la reforma. Que no es singular para el caso, sino es una inercia permanente de la legislatura del Estado. La simple imitación de sistemas adaptados a nivel nacional o en otras entidades, sin que se deje por mencionar que el gran legislador es el Ejecutivo a través de sus cuerpos consultivos. Lo que de entrada despierta sospechas. Los medios de control constitucional son mecanismos que surgen en el seno de un régimen democrático, respetuoso y vigilante de los derechos constitucionales. Coincido con lo afirmado por Elisur Arteaga Nava (2003, p. 30), al precisar que en la praxis operen como antónimos de la razón jurídica que los crea: “Se corre el riesgo de que los sistemas de defensa en vigor se conviertan en una simple fachada que legitimen sistemas de dominación antidemocráticos, arbitrarios o injustos”

## 3 - PROCEDENCIA

Procede la acción por omisión legislativa cuando el Congreso no resuelva alguna iniciativa de ley o decreto dentro de los términos que establezca la legislación respectiva y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la CPECH. (a.97 LCC)

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la palabra omisión significa: “Abstención de hacer o decir. Falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado. Flojedad o descuido de quien está encargado de un asunto.

Por disposición constitucional le corresponde al legislativo la elaboración de leyes, tratándose de las normas constitucionales, sobre todo de aquellas de eficacia indirecta: las que “necesitan ser actuadas o concretadas a través de una posterior actividad normativa”. En este orden de ideas ante la obligación de hacer, cuya fuente es la norma suprema, frente al descuido de quien está encargado, es evidente que existe una trasgresión a la Constitución, que requiere un mecanismo jurisdiccional para que pueda acatarse. La vigencia de una Constitución no puede depender de la voluntad de un órgano constituido frente a la problemática que plantea la inactividad legislativa del Poder Legislativo. La Constitución es la base del sistema normativo jurídico. Esto es así porque este instrumen-

to establece los mecanismos de creación normativa y los órganos facultados para intervenir en dichos mecanismos. La Constitución no sólo crea al Estado y lo divide en órganos, sino que le atribuye a dichos órganos diversas facultades y obligaciones, de la misma forma que, al regular la relación entre los individuos y el Estado, consagra derechos y obligaciones de los primeros y límites a la acción del segundo.

#### **4 - PRIMER ENSAYO**

La acción por omisión legislativa fue una especie de excitativa, que se pretendía conminar al Congreso, previo proceso, a decidir un proyecto legislativo que le fue presentado como iniciativa de ley o decreto. El Congreso, en cumplimiento a la sentencia si ésta fuera estimatoria, debería resolver sobre el proyecto, pero no necesariamente implicaba su aprobación. De manera similar al derecho de petición, la obligación era contestar.

En la parte de los motivos de razón de la LCC al referirse a este medio de “excitación legislativa”, se dice: “Que la acción por omisión legislativa es un mecanismo o medio de control constitucional que tiene por objeto garantizar la constitucionalidad de los actos legislativos ya que el Poder Legislativo le corresponde la obligación de hacer las leyes, definir el marco jurídico de la acción de gobierno. Emergiendo de esta manera el principio de legalidad al cual debe estar sometida la administración pública, los entes y los órganos de un Estado, es importante resaltar que el poder de impulsión que tiene el legislador consistente en concretar las soluciones a las necesidades y problemas de la comunidad; son las leyes las que impulsan la vida de un estado de derecho pues, como se sabe, ellas conforman un mandato de acción para los gobernantes y de acatamiento para éstos y los gobernados”.

Están facultados para interponer la acción por omisión legislativa:

1. el Gobernador del Estado;
2. cuando menos la tercera parte de los miembros del Congreso, y
3. cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos.

Es significativo señalar que la LCC al regular la acción por omisión legislativa no cuenta con un capítulo específico que disponga sobre la ejecución de la sentencia, lo que si sucede con las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, para vincular al Congreso a la resolución, cuando éste persista en la omisión, lo que crea una incertidumbre jurídica y evidencia la poca eficacia de este medio de control.

Para que proceda esta acción abstracta, toda vez que no se des-

prende de un caso concreto, no debe ser una simple omisión, sino que a consecuencia de ese no hacer, provoque la ineficacia de los postulados de la Constitución. “*Si la inexistencia de ley o decreto no impide la correcta aplicación de la norma constitucional no habrá omisión que se pueda tachar de contraria a la Carta Magna*” (Fernández Rodríguez , 2003, p. 152).

El órgano jurisdiccional creado para conocer de los medios de control constitucional inicialmente fue la Sala Superior incrustada en Poder Judicial, integrada por 10 magistrados.

## 5 - SEGUNDO ENSAYO

A partir del 2007, una de las novedades es que se faculta para interponer la acción por omisión legislativa a cuando menos el 5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral<sup>9</sup>. Además, a diferencia de la reforma de 2002, la acción por omisión legislativa que fungió como una especie de derecho de petición no vinculatoria, ahora hay una interesante modalidad, ya que la resolución que emita el Tribunal Constitucional que decrete la existencia de omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el Periódico Oficial del Estado; en dicha resolución se determinará como plazo un periodo ordinario de sesiones del Congreso del Estado, para que éste resuelva la omisión correspondiente, y tratándose de legislación que deba de aprobarse por el Congreso, por mandato de la CPEUM o de la CPECH, si el Congreso no lo hiciere en el plazo fijado, el Tribunal Constitucional lo hará provisionalmente en su lugar y dicha legislación estará vigente hasta que el Congreso subsane la omisión legislativa.

Esta facultad extraordinaria de legislar transitoriamente del Tribunal Constitucional de Chiapas, ante una omisión legislativa y en ejecución de sentencia.

Es significativo mencionar que el órgano jurisdiccional que antes era competente para conocer y resolver este tipo de procedimientos, era la Sala Superior, con la reforma de 2007 se suprime y cambia a un Tribunal Constitucional, de siete magistrados que integraban a la primera, pasa a tres y en 2008 a cinco.

El Tribunal Constitucional es el órgano rector de los criterios jurídicos de interpretación conforme a la Constitución Política del Estado de Chiapas y de las leyes que de ella emanen; garantizar la supremacía y

---

9 De acuerdo con el padrón electoral Chiapas tiene registrado a 2, 492,396 ciudadanos (Cifra actualizada al 28 de febrero de 2005). Por lo que se requiere de por lo menos 124,619 para promover la acción por omisión legislativa, cifra absurda y sin sentido.

control de la Constitución Política del Estado mediante su interpretación; siempre y cuando no sea contraria a lo establecido en el artículo 133, de la CPEUM, ni a la jurisprudencia de la SCJN; conocer de las controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, acciones por omisión legislativa y de las cuestiones de inconstitucionalidad, entre otras.

Villalba Bernié realiza varias interrogantes de la forma de proceder ante una omisión legislativa para concluir:

La problemática radica en que el Poder Legislativo debe cumplir con su rol de legislar, primordialmente si conjetura la protección de las garantías fundamentales, cuando el Poder Legislativo no legisla atenta contra el derecho de los ciudadanos. (Villalba Bernié, 2017, p. 558).

## **6 - LA ACCIÓN POR OMISIÓN LEGISLATIVA EN OTRAS ENTIDADES DE MÉXICO**

A continuación, en forma sintetizada se reproduce las particularidades con las que se ha implantado la acción por omisión legislativa en México, en la que se puede apreciar la forma heterogénea de su regulación.

### **A) VERACRUZ**

Existe una Sala Constitucional (3 magistrados). Sólo sustancia y formula los proyectos que somete al pleno del Tribunal Superior de Justicia. Regula los siguientes medios de control constitucional: 1. controversias constitucionales; 2. acciones de inconstitucionalidad, y 3. acciones por omisión legislativa.

Se prevé instancias de los particulares como el juicio de protección de derechos humanos y la impugnación contra las resoluciones del Ministerio Público (MP) sobre la reserva de la averiguación previa, el no ejercicio de la acción penal y las resoluciones de sobreseimiento que dicten los jueces con motivo de las peticiones de desistimiento que formule el MP.

Se encuentra regula la consulta judicial cuyo objetivo es dar respuesta a las peticiones formuladas por los demás tribunales y jueces a la Sala Constitucional, cuando tengan duda sobre la constitucionalidad o aplicación de una ley local, en el proceso sobre el cual tengan conocimiento. Las peticiones tendrán efectos suspensivos y deberán ser desahogadas en un plazo no mayor de treinta días naturales.

Las acciones por omisión legislativa, proceden cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución, que inter-

ponga: a) El Gobernador del Estado, o b) Cuando menos la 3ª parte de los ayuntamientos.

La resolución determinará un plazo que comprenda dos períodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que éste expida la ley o decreto de que se trate la omisión. Si transcurrido este plazo no se atendiere la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto.

## **B) TLAXCALA**

Competencia al Pleno del Tribunal Superior de Justicia, prevé acciones por omisión legislativa no sólo contra el Congreso, sino contra el gobernador, y los ayuntamientos o consejos municipales, por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general, a que estén obligados en términos de las Constituciones Políticas, de los Estados Unidos Mexicanos, del Estado y de las leyes.

Las acciones por omisión legislativa tienen como consecuencia constreñir al órgano omiso a legislar. Conceder tres meses al órgano responsable para expedir la norma jurídica solicitada, el incumplimiento de la sentencia será motivo de responsabilidad.

## **C) COAHUILA**

Le corresponde al pleno del Tribunal Superior de Justicia de la entidad conocer de los medios de control consistentes en controversias constitucionales; acciones de inconstitucionalidad; cuestión de inconstitucionalidad, y omisión normativa. Hay disposición reglamentaria: Ley de Justicia Constitucional Local. Se establece el control difuso, cuando la autoridad jurisdiccional considere en su resolución que una norma, es contraria a esta constitución, con base en lo establecido por el artículo 133 de la CPEUM, deberá declarar de oficio su inaplicabilidad para el caso concreto. En este supuesto, el tribunal superior de justicia podrá revisar la resolución.

Las acciones de inconstitucionalidad, cualquier persona puede instar el procedimiento través del organismo protector de los derechos humanos, cuando se trate de violaciones a los derechos y garantías constitucionales; así como por organismos públicos autónomos y partidos políticos.

La omisión normativa consistente en la falta de regulación legislativa o reglamentaria.



## **D) QUINTANA ROO**

Se constituyó la Sala Constitucional y administrativa dentro del Poder Judicial local, a la cual le compete la substanciación de los medios de control constitucional; de los juicios administrativos y fiscales; resolver la contradicción de tesis; resolver los recursos por las determinaciones de no ejercicio de la acción penal y reserva de la averiguación previa, así como del sobreseimiento que dicte un juez a petición del MP; de los asuntos en materia laboral, burocrática y conflictos sindicales que agrupan a trabajadores del Estado o municipios, sin embargo, es el Pleno del tribunal superior de justicia quien resuelve las controversias constitucionales; acciones de inconstitucionalidad; acciones por omisión legislativa, teniendo ésta, en caso de ser fundada la pretensión, que la resolución se determinara un plazo para que se expida la ley o decreto de que se trate la omisión, a más tardar en el periodo ordinario que curse o el inmediato siguiente del Congreso del Estado; pudiendo disminuir este plazo cuando el interés público lo amerite.

De acuerdo con la Ley Reglamentaria de los artículos 104 y 105 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo, dispone que tendrán el carácter de parte en las acciones por omisión legislativa: I. Como actor el Gobernador del Estado o un Ayuntamiento del Estado; II. Como demandado el Congreso del Estado; III. Como tercero interesado el Gobernador del Estado; el Procurador General de Justicia del Estado o cualquier órgano que pudiera ser afectado por la sentencia que llegare a dictarse.

## **E) TABASCO**

Existe una iniciativa legislativa para crear la Sala Constitucional, la cual estará integrada por cinco magistrados que conformaran el pleno y resolverán los medios de impugnación constitucionales locales por mayoría de votos.

Entre los medios de control constitucional se prevé el juicio de controversias constitucionales locales; el juicio de acciones de inconstitucionalidad local; el juicio de acción por omisión legislativa, y el juicio de derechos humanos fundamentales del Estado de Tabasco.

Las acciones por omisión legislativa podrán ser formuladas por: 1) los ciudadanos, 2) magistrados o jueces del Estado, 3) el Titular de la Comisión Estatal de derechos Humanos, 4) el Consejero Presiden-

te del Instituto Estatal y de Participación Ciudadana de Tabasco, cuando dichas omisiones legislativas afecten derechos fundamentales. Y se pronostica crear una ley especial denominada: Ley de Control y Defensa de la Constitución Política del Estado de Tabasco.

## **8 - A MANERA DE CONCLUSIONES:**

La acción por omisión legislativa es un instrumento que requiere de un planteamiento sólido. Se cuestiona, como en el caso de Chiapas, si la resolución que determine la inconstitucionalidad por omisión del legislador no es cumplida por éste, en su rebeldía, la legitimidad del Tribunal Constitucional para legislar temporalmente las normas ausentes, sujeta a la condición de que el legislador emita éstas.

Para alguno esto es contrario, ya que vulnera a la propia CPEUM (a. 49) al establecer la prohibición de “No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación”, sin embargo, considero que es un argumento que se pudiera aplicar también cuando el Poder Judicial anula prácticamente una ley (controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad) o su aplicación a determinadas personas (amparo).

Con la acción por omisión legislativa se pretende convertir al Poder Judicial local en el legislador sustituto en potencia, frente al legislador moroso.

El debate es únicamente académico, en la experiencia de Chiapas, y consideramos que hay mucho que discutir, pero por desgracia ha faltado la práctica o el uso de este mecanismo, para que mediante él se vayan amalgamando al derecho mexicano.

Aunado al fenómeno, que en las entidades del país ha quedado rezagada la independencia del Poder Judicial respecto del ejecutivo, casi congelada, en contraste con los pasos dados a nivel federal. Los gobiernos en turno no dejan de reflejar e impactar su hegemonía sobre la administración de justicia. Cuando los gobernantes terminan su encargo, pretenden convertir al Poder Judicial en una isla, donde puedan todavía influir y les sirva como capa protectora de impunidad. Pero poco les dura el gusto, decreto mata decreto, la nueva oleada gubernamental no tarda en destruir la barrera ficticia invocada al amparo de los ideales de Montesquieu, y se imponen los intereses del monarca nuevo.

La justicia constitucional en Chiapas no es ajena a ello, más bien ha sido arma no para frenar los actos inconstitucionales, sino para desarropar a los contrarios y cobijar a los grupos de burócratas del ejecutivo en turno.

La justicia constitucional no ha sido más que una ficción hasta ahora. No responde a una necesidad. Ha sido implantada artificialmente, ajena al concierto social de la vida de la entidad.

En Chiapas hay mucho que discutir. El foro local se mantiene al margen de este instrumento, debido su desuso; a su desconocimiento y centran su atención y preocupación en la justicia no constitucional, sino a la mundana, salvo el juicio de amparo.

Finalmente, se puede concluir que la creación de los medios de control constitucional en Chiapas son una fábula institucional, una fachada, que tienen vida en los discursos políticos, en los libros de posgrado, en las discusiones académicas, porque en esencia no encajan debido a la cultura monárquica prevaleciente.

Lo cual se evidencia con la reforma de 2014 en la cual se agrega la competencia para conocer en segunda instancia el juicio contencioso administrativo, con la modalidad que en este caso el Tribunal Constitucional no actuará en Pleno (5 magistrados), sino en sala (4 magistrados).

Finalmente, la exigencia del ejercicio del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad a todo juez, aunado a la procedencia del juicio de amparo para combatir la acción por omisión legislativa o reglamentaria hunde más la nula eficacia de la justicia local mexicana.

## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

**Arteaga Nava, Elisur. 2003.** *Justicia Local Constitucional. La Constitución Local y su Defensa. Elementos para una Teoría del Control de la Constitucionalidad.* México : Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política SC.

—. **2003.** *Tratado de derecho constitucional.* México : Oxford University Press.

**Baez Silva, Carlos. 2003.** *Derecho procesal constitucional.* [aut. libro] Eduardo Ferrer Macgregor. *Derecho procesal constitucional.* México : Porrúa.

**Fernández Rodríguez, José. 2003.** *Justicia Local Constitucional. La omisión legislativa en la Constitución del Estado de Veracruz-Llave en el marco de la teoría general de dicho instituto.* México : Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política.

**Villalba Bernié, Pablo Dario.** 2017. *Derecho procesal constitucional, contenidos esenciales*. Bogotá : Ediciones Nueva Jurídica.

### **CRITERIOS JURISDICCIONALES MEXICANOS**

**2016.** *Omisión legislativa o reglamentaria. Hipótesis en que es procedente el amparo indirecto*. Tesis I.18o. A11 K (10a), s.l. : Décimo Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

**2016.** *Omisión legislativa o reglamentaria. Su reclamo no constituye un motivo manifiesto e indudable de improcedencia de la demanda de amparo*. Tesis: I.18o.A.10K , s.l. : Tribunales Colegiados de Circuito.

**2013.** *Omisión legislativa. Notas distintivas*. Tesis: I.4o.A.22 K (10a.) , s.l. : Tribunales Colegiados de Circuito.

**2013.** *Omisión legislativa. Su concepto*. Tesis: I.4o.A.21 K (10a.), s.l. : Tribunales Colegiados de Circuito.

**2018.** *Omisión normativa. No se actualiza por el hecho de que el Instituto Federal de Telecomunicaciones no emita las normas generales necesarias para el cumplimiento de sus objetivos*. Tesis: I.1o.A.E.231 A (10a.), s.l. : Tribunales colegiados de circuito.

**2018.** *Omisiones legislativas. Su concepto para fines del juicio de amparo*. Tesis: 1a. XX/2018 (10a.), s.l. : 1a Sala SCJN.

**2018.** *Omisiones legislativas absolutas* . Tesis: 2a. XCIX/2018 (10a.), s.l. : 2a Sala SCJN.

### **CRITERIOS JURISDICCIONALES DE LA CORTE IDH**

**1997.** *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. s.l. : Corte IDH.

**2006.** *Caso La Cantuta Vs. Perú*. s.l. : Corte IDH.



# LA PROPIEDAD INDÍGENA Y EL DIÁLOGO ENTRE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES: ANÁLISIS DEL CASO CHILENO

FELIPE IGNACIO PAREDES PAREDES<sup>1</sup>

## 1 - INTRODUCCIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha tenido una alta receptividad para con las reivindicaciones de los pueblos originarios de América. Este enfoque difiere fuertemente con el que han adoptado los tribunales chilenos. Ello no es baladí, dado que el Derecho internacional de los derechos humanos es una herramienta frecuentemente utilizada como mecanismo para forzar cambios en el plano interno. Al respecto, la literatura ha mostrado cómo la jurisprudencia internacional es un factor importante, que permite incoar en el largo plazo modificaciones en el modo de interpretar los derechos constitucionales (Cavallaro & Brewer, 2008). Sin perjuicio de lo anterior, esta tesis también posee importantes detractores, quienes critican la poca legitimidad de la utilización de insumos que no han sido generados en los órganos de deliberación popular. De este modo, dicha corriente no ve con buenos ojos el empleo de estos “préstamos jurídicos”, pues privan a los tribunales del sentido de unicidad y finalidad que sus decisiones deben provocar, a los fines de ser vistas como la última palabra en las disputas sociales (Rosenkrantz, 2005).

Los pueblos indígenas son uno de los elementos más importantes en la configuración de las sociedades americanas. Según UNICEF, en América Latina existen actualmente 522 pueblos indígenas, que van desde Brasil a la Isla de Pascua de este a oeste y desde Patagonia hasta Oasiamérica de sur a norte. Por países, Brasil es el que tiene más diversidad de pueblos indígenas con 241. Colombia, con 83 es el segundo país con más cantidad de pueblos, seguido por México con 67 y por Perú, que tiene 43 pueblos distintos. No obstante la incidencia en el porcentaje total de la sociedad es variable, en la mayoría de países latinoamericanos la población indígena va del 3% al 10% del total de ciudadanos (UNICEF, 2009).

---

1 Abogado. Master y Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Profesor de Derecho Constitucional en la licenciatura en Derecho y del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Austral de Chile.

Además de lo anterior, la cuestión es importante debido a que los pueblos indígenas se encuentran entre las poblaciones más vulnerables, desfavorecidas y marginadas del mundo. La ONU estima, de acuerdo con el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola, que éstos constituyen el 15 por ciento de los pobres del mundo y un tercio de los extremadamente pobres. Por otra parte, los pueblos indígenas han sido víctimas del colonialismo. Históricamente, han visto sus tierras arrebatadas, sus recursos expropiados, su población reducida a través de la guerra y la enfermedad y se han visto obligados a aceptar las leyes y políticas de los Estados hegemónicos (Burguer, 2014).

En este contexto, una de las principales líneas jurisprudenciales de la Corte IDH se refiere a la propiedad indígena. En la sentencia *Sumo vs. Nicaragua*, de 2001, esta aborda por primera vez una de las demandas que tienen carácter transversal en todo el continente: la cuestión territorial. Al respecto, está históricamente documentado que, primero los colonizadores europeos y después los Estados nacionales americanos, despojaron violentamente de sus territorios a los indígenas. En la actualidad, la demanda más visible que han enarbolado los diferentes pueblos originarios, tiene que ver con la restitución del espacio geográfico en el que habitaban antiguamente sus ancestros. Todos los casos planteados ante la Corte IDH han invocado el derecho a la propiedad privada del art. 21 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Convención). En todos ellos la Corte IDH falló en contra del Estado.

Por esta razón, resulta interesante el estudio de esa jurisprudencia, contrastándola con la que ha producido el sistema chileno. A pesar de que, en reiteradas ocasiones, tanto la misma Corte IDH como también los tribunales nacionales han afirmado la autonomía de los respectivos regímenes, en el caso de la propiedad privada, la evidente similitud entre los preceptos que consagran este derecho muestra la utilidad este ejercicio<sup>2 3</sup>.

---

2 Los primeros incisos del artículo 19 N° 24 de la Constitución chilena disponen:  
*“La Constitución asegura a todas las personas)  
24°. El derecho de en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales.*

*Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que emanan de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.*

3 Por su parte en artículo 21 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, presenta el siguiente tenor:

*“Artículo 21 Derecho a la propiedad privada*

*1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal*

En este afán, lo primero que llama la atención es la evidente disparidad de criterios. En efecto, en la jurisprudencia de los tribunales chilenos se plasma una interpretación marcadamente individualista del derecho propiedad. Al menos, así ha obrado el Tribunal Constitucional (en adelante TC), controlando la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT. Lo propio ha hecho la Corte Suprema vía recurso de protección, aunque en dicha sede también existe jurisprudencia que muestra una línea más cercana a la concepción de la Corte IDH (Contesse & Lovera, 2011). Por otra parte, en el caso de la Corte IDH el diagnóstico es completamente distinto: no pocos autores destacan su carácter revolucionario en el reconocimiento de derechos colectivos, los que ampararían adecuadamente las formas tradicionales de relacionarse entre los indígenas y sus recursos naturales (Sauca & Wences, 2015).

En lo que sigue, revisaremos en detalle cuáles han sido los puntos sobre los que los mencionados tribunales han emitido algún pronunciamiento. Nos centraremos en primer lugar en el Tribunal Constitucional y su sentencia sobre el Convenio 169 de la OIT (sección 2), seguidamente haremos lo propio con las sentencias de la CIDH (sección 3), para acabar formulando algunas reflexiones críticas y conclusiones (sección 4).

## 2 - LA PROPIEDAD INDÍGENA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

El TC se pronunció al respecto con ocasión de la sentencia rol 309, en la que se resolvió acerca de la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT (en adelante Convenio 169). Esta sentencia trae causa en una larga lista de impugnaciones formuladas por ciertos parlamentarios. Concretamente, son tres los motivos de inconstitucionalidad relevantes a estos efectos: los artículos 14 (propiedad indígena)<sup>4</sup>, 15 (uso de los recur-

---

*uso y goce al interés social.*

2. *Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.*

3. *Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.*

- 4 *“Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos noma-*



tos naturales existentes en las tierras indígenas)<sup>5</sup> y 17 N° 2 (limitaciones a la facultad de disposición de tierras indígenas)<sup>6</sup>.

## 2.1 - REIVINDICACIÓN DE TIERRAS Y EXPROPIACIÓN

La primera de las cuestiones mencionadas entronca directamente con la pregunta acerca de si existe, en el artículo 19 N° 24 CPR, un mandato de justicia hacia los pueblos indígenas en su sentido más elemental y clásico. Resulta evidente que la disposición impugnada, apunta a vertebrar una política de restitución sobre las tierras que tradicionalmente ocupaban los indígenas, y al mismo tiempo, solucionar sus reivindicaciones territoriales frente al despojo de que fueron objeto. Por lo mismo, el argumento de los requirentes decía relación con que la citada disposición obliga al Estado a “asumir la obligación de expropiar tierras a solicitud de un ente colectivo y en su propio beneficio, transgrediendo, a su juicio, el marco constitucional de esta institución”.

A pesar de que en este punto el requerimiento solo está superficialmente fundamentado, el TC suscribe sus motivos, y aunque evita declarar inconstitucional el precepto, lo cercena interpretándolo de forma absolutamente artificiosa. En efecto, la sentencia de marras afirma que estas disposiciones del Convenio tienen un carácter eminentemente pro-

---

*das y de los agricultores itinerantes.*

Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”

- 5 *“Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.*

En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”

- 6 *“Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.”*

gramático. Eso es lo que concluye el TC de la lectura de las expresiones que utiliza el párrafo primero del artículo 15, por ejemplo: “deberán reconocerse”, “deberán tomarse medidas”, “deberá prestarse particular atención”, “los gobiernos deberán” y “deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional”. En este sentido, el corolario de dicho argumento es totalmente predecible: tales disposiciones responden al tipo de preceptos no ejecutables con el sólo mérito del tratado, por lo que estas no pueden ser inconstitucionales, dado que no pueden enfrentarse a la disposición del artículo 19 N° 24 CPR, que se refiere a la protección del derecho de propiedad en sede interna.

De este modo, en opinión del TC, el Convenio 169 “no ejecuta por sí mismo las medidas, sino que invita al Estado a ponerlas en ejecución”. Por lo mismo, necesariamente habrá que concluirse que se requiere de procedimientos complementarios que lleven a cabo dicha ejecución. Sin perjuicio de lo anterior, el TC va aún más allá, e incluso se atreve a prejuzgar el resultado de un futuro juicio de inconstitucionalidad para dicha normativa en el caso hipotético de aprobarse, señalando que dichos procedimientos: “deben ajustarse al marco del sistema jurídico nacional en el que, ni la Constitución Política ni la ley, dan cabida a expropiaciones para tal efecto”.

Desafortunadamente, el juicio del TC es equivocado, no solo porque el espíritu del Convenio 169 es el de un tratado *self-executing*, sino también porque una expropiación no necesariamente es inconstitucional en todos los casos. En efecto, la Constitución chilena no la prohíbe, sino que solo la somete a requisitos. De este modo, es perfectamente concebible regular dichos procedimientos complementarios que el TC considera necesarios, a través de una norma que cumpla con todos los requisitos que al efecto establece el artículo 19 N° 24 CPR, a saber: una ley general o especial que autorice la expropiación; invocando por ejemplo, una causal como el interés público, y que incluso en su mismo texto, se determinen las indemnizaciones que se deberían pagar a los expropiados por el daño patrimonial efectivamente causado.

## 2.2 - PUEBLOS INDÍGENAS Y USO DE LOS RECURSOS NATURALES

El artículo 15 del Convenio 169 establece los derechos de los pueblos indígenas a participar de las decisiones que afecten el uso de los recursos naturales situados en sus territorios. Se trata del denominado derecho a la consulta. Al igual que el recién comentado artículo 14, el TC lo considera constitucional, pero de la misma manera, interpreta la disposición de for-

ma absolutamente errada, desnaturalizando el espíritu del Convenio 169.

El primer argumento es idéntico al que se aduce para el caso anterior, es decir, las disposiciones contenidas en el artículo 15°, núm. 2° del Convenio, son de carácter programático. Sin embargo, hay también en este caso un argumento adicional: “los procedimientos de consulta del Convenio ya se encuentran incorporados a la legislación interna, como ocurre, por ejemplo, con los artículos 26° al 31° de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, al igual que con los artículos 10°, 11° y 34° de la Ley Indígena; por otro lado añade el TC, que el Código de Minería también contempla un procedimiento judicial para constituir las concesiones mineras, el que garantiza que todos los interesados pueden ser escuchados frente a una violación de sus derechos”. Sin embargo, en nuestra opinión el argumento del TC es falaz, pues ninguno de los procedimientos aludidos contempla un esquema de participación que cumpla con los estándares del Convenio, lo que es susceptible de demostrarse sobre la base de dos tipos de razones.

En primer lugar, ello es falso porque, todos esos procedimientos consideran la participación ciudadana con un enfoque puramente individual y no colectivo. Aquí colectivo no significa una decisión de un grupo de personas aglutinadas de forma meramente agregativa, sino que el espíritu del Convenio exige que se deba tomar en consideración la voluntad de la comunidad en tanto sujeto político, además, esa voluntad debe estar expresada en virtud de sus procedimientos tradicionales y por sus autoridades comunitarias.

En segundo lugar, dicha conclusión también es falsa porque, en todos los casos contemplados en la legislación interna, se trata únicamente de derechos de participación en sentido débil. Esto último lo explica con claridad Luis Cordero, quien señala que cuando los titulares de un interés difuso disponen de facultades para reclamar la decisión de fondo de una autoridad administrativa, es decir, si pueden cuestionar la *ratio decidendi* de la decisión, ello supone un derecho de participación fuerte. En otras palabras, los interesados poseen un derecho subjetivo para examinar los motivos de la decisión administrativa. Si, en cambio, los titulares de intereses difusos frente a la Administración solo tienen el derecho a formular alegaciones (en base a sus derechos a emitir opinión, libertad de información y derecho de petición) y la acción conferida solo se da para exigir la ponderación adecuada de dichas alegaciones, esos titulares disponen de un derecho de participación débil<sup>7</sup>.

7 Cfr. Cordero, Luis, “Corte Suprema y medio ambiente. ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?”, en *Anuario de Derecho Público*, p. 373

Sin perjuicio de que existe debate en torno al tema de la verdadera naturaleza de los derechos de participación en el marco del Convenio 169, en ningún caso, estos se corresponden con la restrictiva tesis del TC. Sobre todo, porque su adopción tuvo por objeto, justamente, superar las falencias de los mecanismos de participación ciudadana en sentido tradicional, los que han demostrado su poca sensibilidad para resolver problemáticas propias de las minorías étnicas.

### **2.3 - LIMITACIONES A LA PROPIEDAD Y PROTECCIÓN DE TIERRAS INDÍGENAS**

Por último, se impugnó también el artículo 17 N° 2 del Convenio, el que establece limitaciones a la facultad de disposición de las tierras indígenas a personas no pertenecientes a los pueblos indígenas. La norma aludida señala que: *“Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad”*. En este punto el TC adopta una solución similar a los casos anteriores, estimando constitucional la disposición, pero a condición de que se la interprete restrictivamente limitando una vez más de forma considerable el alcance del Convenio.

El requerimiento, en esta parte, alega la inconstitucionalidad del establecimiento de restricciones para la adquisición del dominio de tierras indígenas por parte de personas no indígenas. Los requirentes consideran que este precepto impone a los chilenos de origen indígena limitaciones al derecho de dominio, más allá de lo tolerable por el artículo 19 N° 24° inciso 2° CPR. A pesar de que el tenor literal del Convenio lo dice expresamente, el TC resuelve el problema negando la existencia de dichas restricciones. En síntesis, afirma que el artículo 17 N° 2°, del Convenio, no impone a los chilenos de origen indígena ninguna limitación nueva a su derecho de dominio en relación con el artículo 19 N° 24° CPR, por lo que termina por desestimar también este motivo de infracción.

La argumentación presenta la siguiente estructura. Señala que, en primer lugar, el artículo 19 N° 24° CPR, asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies, entre las cuales ha de entenderse que queda comprendida la propiedad indígena. En segundo lugar, la mencionada propiedad indígena, por su propia naturaleza, tiene características específicas que han llevado al legislador históricamente a regular las materias indígenas por medio de la ley. En tercer lugar, en la actualidad se encuentra vigente la Ley N° 19.253, que se refiere a todo el régimen aplicable a los indígenas. Por último, y en cuarto lugar, dicho cuerpo legal justifica

su constitucionalidad sobre la base del concepto de función social de la propiedad, consagrado en el inciso segundo del citado artículo.

Así tal cual, el razonamiento del TC alude la cuestión principal, refiriéndose casi exclusivamente a la constitucionalidad de la legislación interna. Esto tendría sentido si es que el Convenio no añadiera nada a lo ya expresado por la CPR, pero ello no es efectivo, pues de la sola lectura de la disposición controlada se infiere que dichas limitaciones deben ser consultadas con los interesados, aspecto que no está contemplado en la Ley N° 19.253. De este modo, es cierto que en la CPR se contemplan limitaciones justificables en razón de la función social, también es cierto, que en ese contexto ya existe legislación que desarrolla dicha idea, pero no es correcto sostener que las disposiciones del Convenio 169 resultan absolutamente prescindibles porque ya existe un régimen de limitaciones en el plano interno. Dicha interpretación no sólo contraviene el espíritu del Convenio, sino que también es absolutamente contraria a las reglas de interpretación de los tratados consagradas en el derecho internacional.

### **3 - LA JURISPRUDENCIA SOBRE PROPIEDAD INDÍGENA EN LA CORTE IDH**

Desde el año 2001, con la sentencia (Sumo) *Aywas Tigni vs. Nicaragua*, la Corte IDH ha emitido varios pronunciamientos en la materia. Al respecto, es necesario destacar que esta jurisprudencia es de una data más bien reciente. El primer factor que explica los largos años de silencio, es la ausencia en los tratados de alguna referencia expresa a los pueblos indígenas que facilite la tarea. Por ello, para poder sentar una línea más específica, la Corte IDH ha debido ser capaz de reinterpretar dichos textos de forma bastante creativa (Rodríguez-Piñeiro, 2006).

Desde luego, esto último se relaciona con el contexto en que se aprobó la Convención Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Convención). En el año 1969 no existía consenso en torno al reconocimiento de derechos humanos de grupos particulares, como excepción al principio de la titularidad universal e individual. De hecho, muchos años después, cuando en el año 2007 se aprueba en la Asamblea General de la ONU la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la controversia igualmente se hizo presente y los gobiernos de EEUU, Canadá, Australia y Nueva Zelanda expresaron serias reservas al texto final de la declaración (Engle, 2011). Por otra parte, un segundo factor está dado por el hecho de que, en sus

primeras sentencias, toda la jurisprudencia se aboca al problema de las violaciones sistemáticas a los derechos humanos causadas por las dictaduras latinoamericanas, actividad que postergó el conocimiento de otros asuntos más específicos, los que fueron abordados una vez que la democracia volvió a ser la regla general en el continente (Buergethal, 2004).

A partir de la citada sentencia *Awas Tingni*, se pone atención en una de las demandas que tienen carácter transversal en prácticamente todos los pueblos indígenas de la región: la recuperación de tierras. Como es de público conocimiento, primero los colonizadores europeos y después los Estados nacionales, despojaron violentamente de sus territorios a los indígenas. En la actualidad, la demanda más visible que han enarbolado los diferentes pueblos originarios, tiene que ver con la restitución del espacio geográfico en el que habitaban antiguamente sus ancestros. Todos los casos que han llegado a la Corte IDH planteando esta problemática han invocado en el derecho a la propiedad privada del art. 21 de la Convención. En todos ellos la Corte IDH falló en contra del Estado. En la citada disposición se reconoce el derecho a la propiedad privada en los siguientes términos:

Artículo 21 Derecho a la propiedad privada

*“1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.*

*2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.*

La doctrina acerca de las relaciones entre los pueblos originarios y sus bienes se ha ido configurando con posterioridad sobre la base de las siguientes sentencias: *Moiwana vs. Suriname* (2005), *Yake Axa vs. Paraguay* (2005), *Sawhoymaxa vs. Paraguay* (2006), *Saramaka vs. Suriname* (2007), *Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010), *Sarayaku vs. Ecuador* (2012) y ***Madungandí y Emberá de Bayano vs. Panamá* (2014)**. **En todos estos casos los hechos son más o menos similares. Por ejemplo, en *Awas Tingni vs. Nicaragua*, la comunidad *Awas Tingni*, perteneciente al pueblo *Sumo*, denunció al Estado nicaragüense por no haber tomado las medidas efectivas que aseguren los derechos de propiedad sobre sus tierras ancestrales, debido a que este otorgó una concesión forestal sobre aquellas sin su consentimiento. La comunidad había solicitado en sede**

interna revocar la concesión y delimitar las tierras, no habiendo obtenido resultados positivos ante los tribunales nicaragüenses.

### 3.1 - HACIA UN ESTATUTO ESPECIAL DE LA PROPIEDAD INDÍGENA

En el caso *Awas Tingni*, la Corte IDH esboza la idea de dotar al concepto de propiedad de un contenido eminentemente cultural, diferente de la concepción clásica del Derecho civil. En el centro del debate está la reivindicación por parte de la comunidad de una forma colectiva de propiedad. Desde luego, resulta evidente que la Corte IDH considera insuficiente el concepto clásico de copropiedad reconocido en todos los códigos civiles de Latinoamérica. Esta era una alternativa plausible, dado que lo que el pueblo Sumo demandaba es que no se realicen actividades extractivas en toda la zona en la que ellos donde viven. La Corte IDH hace todo lo posible para justificar que en el artículo 21 de la Convención hay algo más que el derecho de propiedad, entendido como el conjunto de poderes exclusivos sobre una cosa específica y delimitada, ya sean ejercidos individual o comunitariamente.

El principal argumento que utiliza para justificar dicha idea es de carácter histórico, señalando que durante el estudio y consideración de los trabajos preparatorios de la Convención se reemplazó la frase: “[t]oda persona tiene el derecho a la propiedad privada”, por la de: “[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”<sup>8</sup>, con el objeto de justificar que el derecho de propiedad privada del artículo 21 de la Convención reconoce formas de vinculación diferentes entre personas y bienes, en especial con la propiedad raíz. Así las cosas, la sentencia razona en torno al concepto de propiedad comunal, que para la Corte IDH, es un tipo de propiedad que se caracteriza por una especial vinculación de tipo espiritual que existe entre las comunidades y su territorio ancestral, y que es de vital importancia para la supervivencia de esos pueblos.

La verdad de las cosas es que, a partir de la fundamentación de la sentencia, no queda claro en qué medida en la Convención se estaría hablando de algo distinto de la formulación tradicional de la copropiedad. En efecto, es posible leer perfectamente el problema utilizando la óptica del Derecho civil clásico, pues una vez delimitando las tierras que pertenecen a la comunidad *Awas Tingni*, estas ejercerían el dominio sobre ellas en régimen de copropiedad, y en lo que exceda a ellas, el Estado tendrá plena

---

8 Par. 145

libertad para otorgar concesiones forestales o de cualquier otro tipo. Sin embargo, la Corte IDH tiene razón en que por esta vía el asunto no es de fácil solución, pues el problema se origina principalmente por las actividades productivas que tienen lugar también fuera de las tierras Awas Tingni, y que impactan en el ecosistema de toda la costa atlántica nicaragüense.

La cuestión es en realidad compleja, y a pesar que la sentencia desliza primeramente la idea de una forma cultural distinta de propiedad, la *ratio decidendi* se aboca fundamentalmente a resolver el problema desde la óptica de la delimitación y de la regularización de las tierras indígenas. Es decir, vuelve a discurrir sobre los cauces del Derecho civil clásico, preocupándose fundamentalmente de que los miembros del pueblo Sumo puedan acceder de la forma más simple posible a la protección que el ordenamiento jurídico establece para el derecho de propiedad. Al respecto, la Corte IDH expresa que, es condición necesaria para ello, que “el ordenamiento jurídico del Estado denunciado contemple para el caso de las comunidades involucradas, el sólo hecho de la posesión como modo para adquirir el dominio”.

No es sino en los votos particulares, donde se expresan fundamentos adicionales que permiten comprender que la verdadera naturaleza del asunto litigioso es una cuestión de carácter cultural, frente a la cual el lenguaje de los derechos se muestra incapaz de dar respuesta. Al respecto, señalan los jueces Cançado Trindade, Pacheco y Abreu que, como se desprende de los peritajes, la comunidad posee “una tradición contraria a la privatización y a la comercialización y venta (o alquiler) de los recursos naturales (y su explotación)”, por tanto, en realidad la cuestión desborda un tratamiento como un asunto meramente patrimonial. Es por ello que el voto particular considera necesario profundizar en el hecho de que, desprovista de sus tierras, la comunidad se vería privada de practicar, conservar y revitalizar las costumbres culturales, que dan sentido a su propia existencia, por lo que disociar estos dos elementos significa la negación de la comunidad en el sentido político del término.

Los problemas de asumir este aserto son puestos de relieve por otro de los votos particulares, el del juez Salgado, quien expresa con contundencia que el tipo de reivindicación que contiene el caso en comento, si bien, en el lenguaje de la Convención se inscribe en el marco del derecho de propiedad, “desborda con creces este concepto tradicional en el que prima la relación individual”. Si todo esto es efectivo, a nuestro juicio el problema es de difícil solución con las herramientas de la Convención, a menos que, las comunidades estén dispuestas a traducir sus reivindica-



ciones a la lógica de los derechos subjetivos sobre la cual está articulada la Convención, o directamente se opte por dar efectiva vigencia al Derecho consuetudinario de las comunidades de forma alternativa al Derecho estatal de raigambre claramente eurocéntrico.

### **3.2 - ¿UNA VUELTA A LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DE PROPIEDAD?**

El mismo tema se volvió a plantear en *Moiwana vs. Suriname*. En dicho caso las reivindicaciones territoriales tienen que ver con que los miembros de la comunidad *Moiwana* fueron objeto de un desplazamiento forzado con decenas de muertos como producto. El pueblo *Ndjuka* tiene rituales específicos que se deben seguir después de la muerte de una persona, y cuya inobservancia constituye una transgresión moral profunda. Una de las principales fuentes de sufrimiento para la comunidad es desconocer el paradero de los fallecidos y no poder enterrarlos en el lugar que fue su hogar en vida, habiendo sido completamente ignorados por el Estado al respecto. Normalmente, en situaciones de despojo territorial, el problema es que las tierras de las comunidades desplazadas han sido adquiridas por terceros amparados por el Estado, por tanto, las comunidades en la actualidad carecen de un título reconocido por el ordenamiento jurídico para reivindicarla.

En todos estos supuestos, hay que añadir el hecho de que las comunidades plantean que las tierras no son fungibles, sino que ese medio natural particular es fundamental para entender su existencia como sujeto político. Por esta razón, la Corte IDH ha resuelto sistemáticamente que el incumplimiento del Estado nace la obligación de restitución en naturaleza. Sin embargo, cuando ello no es posible, y así será en la gran mayoría de los casos, la Corte siempre terminará ordenando que el Estado pague una indemnización de perjuicios a las comunidades indígenas afectadas.

En *Yakie Axa vs. Paraguay*, la Corte IDH intenta otro camino para configuración de una propiedad indígena, reinterpretando el término “bienes” contemplado en el artículo 21 de la Convención, al señalar que éstos son: “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor”. La clave para entender el argumento, es que aquí la expresión valor, no necesariamente posee un contenido patrimonial, sino más bien se utiliza en el sentido filosófico del término. Sin embargo, la tesis es en

verdad discutible, y lamentablemente la Corte IDH no se detiene en explicar qué características pueden tener aquellos bienes no patrimoniales.

También en esta sentencia se esbozan por primera vez criterios sistemáticos para solucionar conflictos cuando la propiedad indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes. Al respecto, la Corte IDH señala sostiene que en la Convención y su jurisprudencia anterior se proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática<sup>9</sup>. En síntesis, el método que se propone para resolver estos conflictos es el denominado principio de proporcionalidad, unos de los más utilizados en el constitucionalismo europeo para resolver conflictos entre derechos. Este principio funciona sobre la lógica de que todos los intereses en lid poseen en abstracto igual peso, por lo que la Corte IDH para dar prioridad a los derechos indígenas, debe romper la paridad en abstracto entre los distintos derechos en juego. Ello lo hace ligando en estos casos los derechos territoriales con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, por lo que la conservación de su hábitat resulta una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida.

De este modo, en palabras de la Corte IDH: “La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural. Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”<sup>10</sup>. Por el contrario, la restricción a la propiedad privada de particulares no supone este problema, y la expropiación en estos casos no vulnera la Convención, siempre que estas sean proporcionadas, lo que se traduce en el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención.

Finalmente, habría que añadir que en la citada sentencia *Xákmok Kásek vs. Paraguay*, se sintetiza toda la doctrina sobre la propiedad indígena, lo que se hace en función de los siguientes puntos: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al

---

9 Pár. 144.

10 Pár. 147.

título de pleno dominio que otorga el Estado. 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas; 4) los miembros de los pueblos indígenas, que por causas ajenas a su voluntad, han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe, y 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad.

#### **4 - CONCLUSIONES: ¿ES POSIBLE EL DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES?**

Habiendo analizado la jurisprudencia de la Corte IDH y del TC chileno en materia de propiedad indígena, es tiempo de obtener algunas conclusiones preliminares y reflexionar en torno a ellas. Desde luego, el asunto es complejo y un examen cabal excede con creces el contenido de este trabajo. Como se desprende del análisis vertido en las dos secciones anteriores, hemos explorado los razonamientos de ambos tribunales con una mirada crítica, no solo resaltando las virtudes, sino también poniendo de manifiesto sus implicancias y contradicciones.

En primer lugar, resulta preocupante que el TC chileno, a pesar de la valiosa oportunidad, no se haya pronunciado directamente sobre la cuestión, siendo que se trata de uno de los temas importantes que enfrenta Chile y Latinoamérica en la actualidad. Desde luego, este silencio no es inocente, dado que lo que implícitamente hace el TC es cerrar la puerta para que la protección constitucional del derecho de propiedad, se pueda utilizar como una vía para solucionar el conflicto territorial existente en Chile en la Región de la Araucanía. En términos sencillos, para el TC únicamente es digno de consideración la defensa de una concepción extremadamente liberal de la propiedad privada frente a la amenaza que puede representar para esta una política de restitución de tierras. Del mismo modo, su jurisprudencia soslaya completamente las formas tradicionales de uso y ocupación del espacio físico por parte de los pueblos originarios.

Diametralmente distinta ha sido la situación en la Corte IDH. En las sentencias citadas, queda claro cómo esta ha hecho un esfuerzo gigan-

tesco para interpretar extensivamente el artículo 21 de la Convención, incluso a veces sacrificando la prolijidad técnica. De una primera lectura, pareciera que su jurisprudencia asume un carácter iconoclasta. Sin embargo, cuando se trata disponer de medidas concretas para asegurar la propiedad indígena, esta deja de lado las construcciones innovadoras y vuelve a razonar sobre la base de las categorías tradicionales del Derecho civil. Como sea, sí se observa una marcada tendencia, la que se expresa en los métodos y técnicas de interpretación utilizados, de hacer primar las reivindicaciones de los pueblos indígenas por sobre las argumentaciones de defensa que han esgrimido los Estados, pero sin dejar completamente de lado a los restantes implicados en los conflictos territoriales de que han conocido.

Ambas visiones del derecho de propiedad son susceptibles de ser justificadas en términos jurídicos. Como señala García Amado, no es difícil demostrar que las normas jurídicas expresan preferencias valorativas de sus autores o de la sociedad en la que pueden cobrar vigencia. Aún más, las Constituciones y declaraciones de derechos de nuestros días suelen ser expresión de un acuerdo de mínimos que recoge valores contrapuestos, que coexisten en un marco gobernado por la discusión pacífica y racional. Si ello es efectivo, la interpretación de las normas podrá ser reconstruida de diferentes maneras, según sea el valor o principio al que se le da preferencia en dicho acto interpretativo (García Amado, 2004). Por lo mismo, es necesario buscar razones de orden prudencial que permitan decidir entre uno y otro criterio. En este sentido, existen varios motivos para prestar atención a la tesis de la Corte IDH. Entre ellas podemos encontrar distintas consideraciones, que parten desde una necesidad histórica de reparar un daño respecto del cual existe consenso sobre sus causas, otras de naturaleza contingente, como es la existencia de un conflicto territorial y político que necesariamente debe ser resuelto con una orientación basada en los derechos humanos, hasta razones institucionales, cómo puede ser la adecuada recepción del Derecho internacional en el plano interno.

Todo lo anterior exige que, necesariamente, los tribunales nacionales debieran considerar en alguna medida, los razonamientos que ha producido el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Habrá que convenir entonces, que para que un ejercicio de estas características pueda funcionar adecuadamente, se requiere que se cumplan algunos presupuestos. Una posible fórmula a explorar consiste en suscribir la tesis de la unidad sistémica entre Derecho internacional y Derecho interno, en cuyo caso por aplicación del principio de jerarquía, la jurisprudencia de la Corte IDH se impone a la jurisprudencia de los tribunales nacionales,

sustituyéndose directamente. Esta doctrina, denominada monismo jurídico, y que ha sido defendida por autores como Ferrajoli (2011), ha sido tajantemente rechazada en Chile por la jurisprudencia y por parte importante de la doctrina. Del mismo modo, habría que añadir que se trata de una tesis que adolece de problemas de diversa índole, que sus defensores no han logrado solventar.

En Chile el monismo jurídico no ha tenido demasiada repercusión. Por ejemplo, el TC en la sentencia rol 346 - 2002, declaró que la jurisdicción de la Corte Penal Internacional resulta contraria a la Constitución Política porque importa transferencia inconstitucional de la soberanía nacional, en la medida que supone la delegación de una parte de la jurisdicción de los tribunales nacionales a órganos extranjeros. De similar tenor resulta la sentencia 1288-2009, donde el TC controla la constitucionalidad de su propia ley orgánica, en la que considera a los tratados internacionales como normas de rango similar a la ley. Adicionalmente, autores como Aldunate (2010), o Manuel Núñez (2009), dan cuenta de los problemas de esta teoría en nuestro ordenamiento jurídico. Por último, es menester añadir, que no toda la responsabilidad en la reticencia que suele generar la tesis monista trae causa en los tribunales nacionales. Es necesario reconocer que la misma Corte IDH tampoco se ha esforzado mucho por dialogar con los sistemas nacionales, existiendo autores que critican el hecho de que, sin perjuicio de su importante rol en la generación de un corpus interamericano, esta tarea se ha hecho de espaldas a los Estados, sin tomar en cuenta los aspectos en los que existe consenso o desacuerdo entre los países del sistema interamericano de derechos humanos (Neumann, 2008).

Una alternativa menos problemática que la tesis anterior, es aquella que considera que los pronunciamientos de la Corte IDH poseen un valor persuasivo. En su apoyo es posible mencionar que, en las últimas décadas en Europa, se ha venido desarrollando una construcción doctrinaria que fomenta una cultura de diálogo entre los tribunales internos y los órganos supranacionales. En dicho continente existe una idea, más o menos asentada, en torno a una interpretación compartida de los derechos entre ambos niveles, e incluso no pocos autores afirman, la construcción de un verdadero *ius commune*, a la usanza de la Baja Edad Media y la Modernidad temprana (García Roca, 2012). La bibliografía al respecto es amplísima. Aquí solo tomaremos el desarrollo que plantea Peter Häberle, quien, en nuestro concepto, recoge de forma adecuada la discusión.

El aserto plantea, en pocas palabras, que el concepto de Cons-

titución posee una innegable raigambre cultural, lo que se confirma expresamente en textos como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) o los tratados de la Unión Europea. Por ejemplo, el preámbulo del CEDH habla de un “patrimonio común de bienes espirituales” o el Tratado de Maastricht se expresa en los mismos términos. Pero además de ello, existe una historia común y una cultura jurídica, que, si bien también reconoce variantes, posee un sustrato compartido entre los distintos países. Son justamente estas condiciones las que posibilitan un diálogo entre tribunales, y que los razonamientos sean intercambiables y enriquezcan todos ellos el acervo cultural del Derecho europeo (Häberle, 2004).

Precisamente, este debe ser el enfoque que se debe comenzar a explorar, también en Latinoamérica. Ello no significa que se deba importar acríticamente la jurisprudencia de la Corte IDH de forma vertical, como parece proponer la doctrina del control de convencionalidad. Como vimos, la misma jurisprudencia de la Corte IDH también presenta vacíos, defectos o incorrecciones. Por el contrario, la sugerencia es hacer lo que ha hecho la ciencia jurídica desde su creación: reflexionar e intercambiar opiniones en la búsqueda de la mejor solución para la resolución de un problema práctico. En este contexto, aducir que ello implica enajenar la soberanía o afectar la identidad constitucional, no puede ser una excusa válida para la insularidad discursiva o argumentativa.

En este mismo sentido, cabe añadir un último elemento. Esto es que hay que tener presente que la lógica de los derechos de propiedad, no es, ni puede ser considerada la única solución a problemas complejos como el de los pueblos originarios. Se requiere algún tipo de ejercicio dialógico, en el sentido socrático del término, el que se debe dar en distintos planos: entre los distintos tribunales de justicia, entre los mismos ciudadanos, y por cierto, entre los primeros y estos últimos. En definitiva, se trata de la vieja idea de la democracia como elemento enriquecedor de los derechos, pero no de la simple democracia electoral, sino de ésta en su sentido más prístino. En este contexto, es necesario reivindicar la idea de que los derechos son más democráticos cuando no se aplican como absolutos. Así es como lo plantean destacados autores como Mary Ann Glendon (2008) o Mathias Khunn (2007). De esta forma habría que concluir, que ni los derechos de los indígenas poseen un carácter preminente sobre los derechos individuales, ni tampoco estos operan en el vacío absolutamente desprovistos de las relaciones intersubjetivas que los cobijan y les dan sentido. Quizás quien expresó esta idea con mayor elocuencia fue Hannah Arendt en la *Condición Humana*: “La privación de lo privado

radica en la ausencia de los demás; hasta donde concierne a los otros, el hombre privado no aparece y, por tanto, es como si no existiera. Cualquier cosa que realiza carece de significado y consecuencia para los otros, y lo que importa a él no interesa a los demás” (Arendt, 2014).

## BIBLIOGRAFÍA

Aldunate, E. (2010). La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo. *Ius et Praxis*, v. 16, n. 2, 185-210.

Arendt, H. (2014). *La condición humana*. Buenos Aires: Paidós.

Buergenthal, T. (2004). Recordando los inicios de la CIDH de Derechos Humanos. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, v. 39, 11-43.

Burguer, J. (2014). La Protección de los pueblos indígenas en el sistema internacional. En AAVV, *Derechos humanos de los grupos vulnerables* (págs. 213-239). Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.

Cavallaro, J., & Brewer, S. (2008). Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court. *The American Journal of International Law*, v. 102, 768 – 729.

Contesse, J., & Lovera, D. (2011). Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia chilena: prólogo del incumplimiento. *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, 127-151.

Engle, K. (2011). On Fragile Architecture: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in the Context of Human Rights. *The European Journal of International Law*, v. 22, n. 1, 141-163.

Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, t.2. Madrid: Trotta.

García Amado, J. (2004). La interpretación constitucional. *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.2, 35-72.

García Roca, J. (2012). El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 30, 183-224.

Glendon, M. A. (2008). El lenguaje de los Derechos. *Estudios Públicos*, n.70, 77-150.

Häberle, P. (2004). Europa como comunidad constitucional en desarrollo. *Revista de Derecho constitucional europeo*, n. 1, 11-24.

Khunn, M. (2007). Institutionalizing Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review. *European Journal of Legal Studies*, v. 1, n. 2, 153- 83.

Neumann, G. (2008). Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*, v. 19, n.1, 101-123.

Núñez, M. (2009). La función del derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional. Práctica y principios metodológicos. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v.32., 487-527.

Rodríguez-Piñero, L. (2006). El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas. En M. Berraondo, *Pueblos indígenas y derecho humanos* (págs. 153-203). Bilbao: Universidad de Deusto.

Rosenkrantz, C. (2005). En contra de los 'prestamos' y otros usos 'no autoritativos' del derecho extranjero. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, v. 6 n.1, 71-96.

Sauca, J. M., & Wences, I. (2015). Derechos colectivos (en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Eunomia*, n.9, 195-204.

UNICEF. (2009). Atlas Sociolingüístico de Pueblos Indígenas de América Latina.





# LA TEORÍA DE LOS ESPACIOS DOGMÁTICOS Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: UN ANÁLISIS DE LAS DECISIONES CONVENCIONALES Y CONSTITUCIONALES SOBRE EL DERECHO AL MATRIMONIO HOMOSEXUAL

PIETRO CARDIA LORENZONI<sup>1</sup>

## 1 - INTRODUCCIÓN:

La presente pesquisa busca demostrar la teoría de los espacios dogmáticos en la jurisdicción constitucional como forma de comprensión y limitación del espacio de decisión de los jueces constitucionales. Una vez brevemente expuesta la teoría, se analizan las decisiones sobre el casamiento homosexual en Europa, Italia, América y Brasil para verificar su fundamentación y si la teoría consigue influenciar de manera similar las decisiones constitucionales y lo más importante, los espacios de decisión de los jueces.

Fueron elegidas las decisiones sobre el matrimonio homosexual, porque se trata de procesos constitucionales que inciden sobre derechos fundamentales. Así, la forma de fundamentación fue muy similar en las decisiones analizadas, pero, el resultado entre Europa y América fue considerablemente distinto, mismo que los dispositivos utilizados en las diferentes argumentaciones tengan increíble semejanza. Sin embargo, las decisiones en los mismos continentes (Europa e Italia; América y Brasil) fueron en el mismo sentido, demostrando que el aspecto cultural tiene un importante papel en la tomada de decisión.

Entonces, al final, se pregunta si la teoría logra explicar las distintas decisiones y listar instrumentos de control. El método de pesquisa utilizado fue la pesquisa bibliográfica y jurisprudencial.

---

1 Abogado. Profesor de Teoría del Derecho de la Facultad Monteiro Lobato – FATO. Graduado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Especialista en Justicia Constitucional por la Università di Pisa en Italia - UNIPI-IT - y en Educación por la Universidade Luterana do Brasil - ULBRA. Master en Derecho por la Faculdade do Ministério Público - FMP-RS. Doctorado en Derecho en curso por la Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. E-mail: pclorenzoni@gmail.com.

## 2 - JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LOS ESPACIOS DOGMÁTICOS:

La justicia constitucional, como escribe Zagrebelsky (2008, p. 311), es una adquisición reciente de los ordenamientos jurídicos modernos. Sin embargo, la preocupación con la defensa de la constitución es tan antigua cuanto la convivencia política. Para la adecuada comprensión de la justicia constitucional, se debe antes definir brevemente el concepto de constitución. Aclaremos que el estudio de la constitución y de la jurisdicción constitucional aquí hecho estará contextualizado en los regímenes democráticos modernos como Italia y Brasil.

Las constituciones actuales son conceptuadas como normas superiores que regulan tanto la dimensión formal cuanto material del Estado. Así, ellas son fundamentos de validez para todas las normas inferiores que vengan a ser producidas. Con esta concepción que Kelsen define la constitución como la norma fundamental superior positiva que regula todo la producción de normas jurídicas generales, siendo el criterio de validez de todas ellas (KELSEN, 2015, p. 247).

Aunque Kelsen escriba con un bias formal de validez de las normas, o sea, las normas son válidas debido a su producción consonante reguladas por la constitución. El derecho constitucional más moderno comprende que hay un criterio más de validez, cual sea: el substancial. Así, las normas solamente son válidas cuando la consonante es tanto cuanto substancial como formalmente con la Constitución.

Entonces, la legitimidad del poder político en el Estado Democrático de Derecho, como señala Ferrajoli (FERRAJOLI, 1995, p. 33), viene del Derecho en una doble fundamentación, que es la vinculación de los actos del poder político a los derechos fundamentales, siendo ese el criterio de validez substancial, y por la observancia de las reglas y procedimientos legales que el Estado debe respetar, siendo ese el criterio de validez formal. Se puede afirmar que la legitimación del poder estatal deriva, además de los procedimientos formales previstos, también de los derechos fundamentales. La realización de ellos será el criterio legitimador del Estado.

De acuerdo con Ferrajoli y, en el mismo camino, Maya (2015, p. 185) afirma que en la construcción de un Derecho como un sistema de garantías constitucionalmente pre ordenadas a la tutela de los derechos individuales, conforme un ordenamiento constitucional, es necesaria la doble fundamentación normativa arriba expuesta. Tal fundamentación vendrá marcada por una doble artificialidad de las normas, que es su carácter positivo y su propia sujeción al derecho. Toda producción jurídica, por lo tanto,

será disciplinada y legitimada por el respeto a las normas no sólo formales como también sustanciales de la Constitución (FERRAJOLI, 1995, p. 33).

En esta senda, el poder político debe constantemente relegitimarse por el contenido, la observancia y la concreción de los derechos fundamentales y no sólo por la finalidad de concreción de ellos - se trata aquí de las normas sustanciales antes mencionadas. Se refuerza: es insuficiente la legitimación del poder por el mero respeto a las normas formales, es decir, por el mero origen o mero procedimiento (MAYA, 2015, p. 184), ya que la base y el fundamento del Estado constitucional moderno serán también los derechos fundamentales, condicionando el ejercicio de su poder a los límites vinculados en la Constitución como norma fundamental.

. Ingo Sarlet (2007, p. 70) analiza los derechos fundamentales en Estados democráticos de derechos, con el ejemplo de países como Italia y Brasil, y los considera como presupuestos, garantía e instrumento de la democracia constitucional. Eso porque la autodeterminación del pueblo, siendo esa la base de la democracia, ocurre por intermedio de cada ciudadano dotado de derechos fundamentales.

El reconocimiento de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos es esencial, pues la garantía del efectivo proceso democrático depende de la garantía de los derechos que aseguran la participación ciudadana, de igual nivel, en el plano político del estado (SARLET, 2007, p. 70). Como es un elemento constitutivo del Estado de Derecho, los derechos fundamentales son un elemento básico para la realización de la democracia, es decir, tienen una función democrática, como lo enseña Canotilho (2004, p. 290).

De otro forma, Alexy (2015, p. 53) analiza dos funciones aparentemente contradictorias de los derechos fundamentales, que son: una función antidemocrática y otra función democrática. Esa se revela de forma muy parecida a la concepción de Canotilho (2004).

Para Alexy (2015, p. 53), los derechos fundamentales son democráticos porque ellos, con la garantía de los derechos de libertad e igualdad, aseguran el desarrollo y la existencia de personas que, en el fondo, son capaces de mantener el proceso democrático con vida. Esto es porque aseguran las condiciones fundamentales del proceso democrático como las garantías de libertad de opinión, de prensa, de reunión y de asociación y de otras libertades políticas. Es decir, los derechos y sus garantías serán los responsables de establecer la igualdad de los ciudadanos que permitirá la efectiva contribución de cada uno en el proceso democrático, lo que

acabará por legitimar la estructura de dominio del poder político.

El carácter no democrático de los derechos fundamentales que Alexy (2015) defiende, en el que los derechos fundamentales cumplen un papel de protección de la minoría contra la mayoría, desconfían del proceso democrático. Así, con la vinculación también del legislador, los derechos fundamentales suprimen de la mayoría parlamentariamente legitimada poderes de decisión. En la mayoría de las naciones es común que la oposición pierda alguna disputa política en el proceso democrático y obtenga una victoria posterior ante el tribunal constitucional (ALEXY, 2015, p. 53).

Sin embargo, lo que Alexy entiende como el papel antidemocrático de los derechos fundamentales también puede ser entendido como el papel de *counter majority* de ellos, ya que la contradicción es sólo aparente. En esa senda, el tribunal constitucional también ejerce un papel de representatividad y tiene legitimidad para tanto.

En la realidad italiana, el tribunal constitucional es una garantía de la propia supremacía de la constitución, como la propia previsión constitucional italiana (Titolo VI, Sezione I y artículo 134) . Además, como define el artículo 101, la justicia se desarrolla en nombre del pueblo, demostrando su carácter de representatividad, aunque no de la misma forma que la representación política.

En la realidad brasileña, la propia Constitución determina al Supremo Tribunal Federal que sea el guardián de la Carta Constitucional y, consecuentemente, un protector de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Además, también configurándose como una representatividad importante en el Estado de Derecho.

A los Tribunales corresponde la función jurisdiccional del Estado en nombre del pueblo, porque como la soberanía en el Estado Democrático de Derecho viene del pueblo y el Judiciario es un órgano de soberanía, él es eso para servir al pueblo (CANOTILHO, 1993, p. 759). Además, la función jurisdiccional viene como forma de justicia e igualdad formal por el debido proceso legal constitucional.

Así, el Judiciario ejerce la jurisdicción para el pueblo, sin embargo eso no decide como el pueblo desea. O sea, la representatividad de pueblo en el Poder Judicial viene por la vinculación del juez al ordenamiento jurídico constitucional y al debido proceso legal constitucional. Es aplicando el ordenamiento de forma precisa que el judiciario ejerce su poder en nombre de los ciudadanos.

Entonces, se comprende que los tribunales constitucionales cumplen un papel de representatividad argumentativa de la sociedad en el

proceso democrático, según defiende Alexy (2015, p. 53). En ese sentido que se afirma que no falta legitimidad para que los jueces controlen intervenciones en derechos fundamentales, ya que, a pesar de que los parlamentarios tienen la representación política del ciudadano, los jueces desempeñan la representación argumentativa de la población.

Con ello, se debe comprender que la representación del pueblo por la jurisdicción tiene un carácter más idealista que la ejercida por el parlamento (ALEXY, 2015, p. 54). El cotidiano de la representación parlamentaria contiene el peligro que las mayorías imponen. Por eso, cuando el Tribunal Constitucional se dirige contra tal decisión inconstitucional, no se dirige contra el pueblo, sino, en nombre del pueblo, contra sus representantes políticos (ALEXY, 2015, p. 54). No sólo hace valer negativamente que el proceso político, según criterios jurídico-fundamentales, fracasó, pero requiere positivamente que los ciudadanos vayan a aprobar los argumentos del tribunal si ellos aceptaran un discurso jurídico-constitucional racional (ALEXY, 2015, p. 54). Aquí, hay que aclarar que se trata en cierta medida de una aceptación ideal de que los argumentos expuestos son racionales y correctos con el ordenamiento jurídico-constitucional puesto (ALEXY, 2015, p. 135).

En las palabras de Gavião Filho (2010: 370), el concepto de “representación argumentativa presupone entender la democracia no sólo como decisión - procedimiento centrado en la elección y en la regla de la mayoría - sino también como argumentación. La democracia es deliberativa porque argumentativa “. Así, la democracia deliberativa es un intento de institucionalizar el discurso como medio de toma de decisión política. En ese giro que se afirma: “la representación del pueblo por el legislador es, simultáneamente, *decisiva* y argumentativa. La representación del pueblo por la jurisdicción constitucional es puramente argumentativa o discursiva “(GAVIÃO FILHO, 2010, p. 370).

Entonces, queda claro que el tribunal constitucional tiene legitimidad para juzgar y controlar las propias decisiones políticas, aquí comprendidas tanto las decisiones de actuar cuanto de se omitir, del Legislativo y Ejecutivo. Eso demuestra la necesidad de la jurisdicción constitucional material y, según defiende Francisco Motta (2009, p. 21), y en ella se reconoce su capacidad para contribuir a la consolidación del Estado Democrático (Deliberativo) de Derecho. Así, “jurisdiccional es hacer actuar y cumplir la constitución” (MOTTA, 2009, p. 21). Y se entiende como uno de los elementos justificantes de la legitimidad del Poder Judicial para tanto la garantía de la supremacía de la Constitución (MOTTA, 2009, p. 22).

Entonces, se entiende esclarecida la legitimidad del Poder Judicial para actuar en su función jurisdiccional, ya que la legitimidad es retirada del propio poder del pueblo en el Estado Democrático Deliberativo de Derecho y de la necesidad de garantizar la supremacía de la Constitución. Sin embargo, atentase que no son todas las conductas del Parlamento y jefes del poder que pueden ser controladas, pero solo aquellas que violan el ordenamiento.

Así, hay un espacio de deliberación y actuación de los representantes políticos del pueblo que el judicial no puede intervenir. Para comprender adecuadamente los espacios de actuación legítimos del Judicial y de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, hay que estudiar la dogmática de los espacios.

El principio democrático, según Gavião Filho (2010, p. 351), determina que compite al legislador desarrollar, armonizar y restringir derechos fundamentales, ponderando intereses y bienes en el espacio de las discreciones políticas. Se recuerda que los derechos fundamentales son el límite sustancial del legislador, de modo que establece la contención del poder de la mayoría representada, y el legislador no puede restringir los derechos fundamentales más allá de lo permitido por la Constitución.

Según la dogmática de los espacios, decisiones judiciales *contra legem*, aquellas que declaran inconstitucionales actos normativos o crean excepciones dentro de las decisiones políticas del legislador, son posibles, lo que es plenamente permitido en el ordenamiento jurídico tanto brasileño cuanto italiano. Por lo tanto, se comprenden esos ordenamientos como un modelo donde la Constitución funciona como una ordenación cuadro, que traza al legislador tres hipótesis: 1) prohibición de algo; 2) ordenación de algo; y 3) liberación de algo (libertad para elegir cual es mejor) (ALEXY, 2015, p. 77).

En este camino, lo prohibido es lo imposible, lo ordenado es lo necesario y lo liberado es lo posible jurídico-constitucionalmente. Lo liberado o posible es lo que reside dentro del cuadro (ALEXY, 2015, p. 77). Lo prohibido o lo imposible junto con lo ordenado o lo necesario forman los límites del cuadro.

Los espacios antes mencionados, que deben ser entendidos como los espacios de conformación o de actuación del legislador dejados libres por la Constitución, pueden ser de dos tipos: espacios sustanciales y espacios epistémicos. El límite de ese espacio dejado libre para el legislador termina cuando comienza lo que está determinado como prohibido u obligado por la Constitución, como afirma Anizio Gavião Filho (2010, p. 354).

Los espacios corresponden a la discrecionalidad del legislador en tomar decisiones políticas, es decir, en elegir cuál es la mejor medida a seguir.

En los momentos en que el legislador esté dentro de su espacio de discrecionalidad, el Poder Judicial no debe actuar, pues no tendrá legitimidad para tanto (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 354). En caso de que éste actúe, habrá una violación al principio formal de democracia. Así, se deben analizar los espacios de discrecionalidad del legislador para poder analizar casos concretos de actuación jurisdiccional y su legitimidad. Los espacios de discreción pueden dividirse en: el espacio sustancial de discrecionalidad y el espacio epistémico de discrecionalidad.

El espacio sustancial de discrecionalidad está relacionado con lo que la Constitución no demanda tampoco prohíbe que el legislador haga. Es decir, se deja libre para el legislador decidir sobre. En estas situaciones, el Poder Judicial debe respetar las decisiones del legislador, ya que en caso de violación de los derechos fundamentales, por ejemplo, tal ha sido reputado prohibido por la Constitución y saldrá del ámbito de discrecionalidad sustancial del Legislativo (ALEXY, 2014, p. 517).

En otras palabras, espacios sustanciales son los espacios que la Constitución libera para la conformación política del legislador. Por lo tanto, no hay control judicial-constitucional, porque allí termina la normatividad material definitiva de la Constitución. Este espacio corresponde a lo que reside dentro de la constitución-cuadro (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 354).

Sin embargo, el espacio epistémico de discrecionalidad del legislador es menos evidente, ya que versa sobre la competencia legislativa de decidir cuándo es libre o no para ejercer la discrecionalidad sustancial (ALEXY, 2014, p. 519). En otras palabras, el espacio epistémico de discrecionalidad versa sobre en qué momento el legislador decide el tamaño de su espacio de discrecionalidad sustancial (ALEXY, 2015a, p. 89). En este punto, los principios formales ejercen un papel importante (ALEXY, 2014, p. 519).

El espacio epistémico de discrecionalidad debe ser dividido en dos puntos, que son: el espacio epistémico empírico de discrecionalidad y espacio epistémico normativo de discrecionalidad. De manera simplificada, el espacio epistémico empírico de discrecionalidad versará sobre si el legislador puede ejercer su actividad legislativa sin estar seguros de las premisas empíricas pautadas (ALEXY, 2014, p. 522). El espacio epistémico empírico es lo que permite la intervención del legislador en los derechos fundamentales con base en premisas fácticas inciertas, sostenibles o plausibles (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 359).

Alexy (2014, p. 521) defenderá que hay una relación de preva-



lencia de las decisiones del legislador sobre el control judicial en casos de incertidumbre de las premisas empíricas, que sólo será invertido cuando el control judicial tenga certeza de las premisas que apuntan a una intervención inconstitucional en los derechos fundamentales.

Se inserta en el espacio epistémico empírico del legislador, es decir, en su ámbito de conformación política, la libertad para legislar de manera que muy probablemente contribuyan a la realización del fin pretendido y medidas que parecen implicar menor intervención en los derechos fundamentales (ALEXY, 2015a, p. 90). La exigencia de certeza de las premisas empíricas inviabiliza la actuación del legislador, razón pela cual no es necesaria (GAVIÃO FILHO, 2010, p 360).

Aquí se atenta a la clara limitación del control judicial, la cual establece la legitimidad del legislador en hacer opciones políticas de intervención en derechos fundamentales con bases en premisas empíricas más flexibles que las permitidas al control jurisdiccional. De ahí, hay una visible optimización del principio democrático.

Alexy (2015a, p. 15) entiende que hay tres grados variables referentes a la seguridad de la suposición empírica, son ellos: seguro, plausible y no evidentemente falso. En este sentido, la corte constitucional no puede interferir en la discrecionalidad del legislador sólo porque él se basa en suposiciones inciertas (2015, p. 150), ya que existe una prevalencia del principio formal de la democracia (ALEXY, 2014, 522) ahí va la posibilidad del control judicial. El Poder Legislativo es el poder legítimo para tomar decisiones colectivas vinculantes en nombre de la mayoría. Las hipótesis de control judicial y, por lo tanto, de decisiones *contra legem* dependen de que el Poder Judicial se guíe en suposiciones empíricas seguras que demanden una solución diferente a la dada por el legislador.

En esa senda, que Alexy adopta una regla para verificar la actuación del legislador dentro de su espacio epistémico empírico. Básicamente, cuanto mayor es la intensidad de intervención de una medida legislativa en un derecho fundamental, mayor debe ser la intensidad del control jurisdiccional sobre el espacio de ponderación del legislador.

El resultado de esta interpretación, según Gavião Filho (2010, p. 363), es que cuanto mayor es el peso del derecho fundamental, menor es el espacio estructural del legislador; cuanto mayor es la intervención en derecho fundamental, mayor debe ser el procedimiento de investigación sobre las premisas empíricas presupuestadas para justificar la medida. Y cuanto mayor es la intensidad de intervención, mayor cuidado los jueces deben tener para verificar pequeñas ventajas alcanzables al derecho fun-

damental sin perjuicio para la medida estatal en cuestión y mayor debe ser la disposición de los jueces para diferenciar el grado de realización de la medida estatal en cuestión del grado de intensidad de la intervención del derecho fundamental.

El espacio epistémico normativo de discrecionalidad se refiere al contenido material de la Constitución (ALEXY, 2015a, p 91). Así, él está relacionado con el peso de los derechos fundamentales en colisión, o sea, él versará sobre lo que se deja en la ponderación para las valoraciones propias del legislador. La incertidumbre, en ese espacio, incide sobre la intensidad de la intervención sobre un derecho fundamental o sobre cuanto efectivamente pesa la intervención en el derecho fundamental (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 365)

En este punto existe un espacio epistémico normativo para la libre ponderación del legislador. Hay que atentar que cada espacio epistémico normativo constituye una reducción del control judicial-constitucional por el Poder Judicial.

El espacio epistémico normativo se compatibiliza con la limitación del legislador con la Constitución Federal en la medida en que sólo surge cuando hay una incertidumbre normativa en cuanto a la ponderación de los derechos fundamentales. Si no hay incertidumbre sobre la ponderación, no hay espacio epistémico normativo del legislador (GAVIÃO FILHO, 2010, P. 366) y hay control judicial-constitucional

Lo que se intenta demostrar con ello es el espacio de conformación política del legislador debe ser respetado, ya que es el ente legítimo y constitucionalmente competente para tanto. En efecto, el proceso político no debe estar reducido a algo sin significado, tampoco debe defenderse un paso del Estado-legislador al Estado-judicial constitucional. “La dogmática de los espacios alcanza la comprensión sobre los espacios estructurales y epistémicos que están liberados para la conformación política del legislador, o sea, hay un espacio de actuación del legislador dentro de la limitación material de la constitución que el poder judicial no debe intervenir”, en las palabras de Anizio Gavião Filho (2010, p. 367). Fuera de esos espacios, todo está sujeto al control jurisdiccional.

En el espacio de configuración liberado por la Constitución, el legislador está libre para tomar las decisiones políticas de oportunidad que le parezca, estableciendo restricciones, límites, armonizaciones y ponderaciones de derechos. Decisiones que no pueden ser cubiertas por el Poder Judicial, tampoco éste debe tomar para sí esa función, bajo el riesgo de desestabilización de los principios formales del ordenamiento jurídico, desvirtuando la propia democracia y el Estado de Derecho, ca-

rente de legitimidad para tanto.

Tales bases son importantes para la comprensión del papel del Judiciario y de la jurisdicción en la democracia deliberativa aliada con el Estado Constitucional de Derecho. Entonces, serán analizados los juzgados sobre los derechos de las parejas homosexuales a obtener el matrimonio como las parejas heterosexuales obtienen siempre como paño de fondo la teoría aquí expuesta.

### **3 - LA SENTENCIA Nº 138 DEL AÑO 2010, LA APLICACIÓN Nº 20141/04 JUZGADA EN 2010 Y EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN EUROPA:**

Empezamos con la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos humanos y la aplicación nº 30.141/2004 – el caso Schalk y Kopf vs Austria. El caso trata sobre una pareja homosexual que en 2002 solicitó a las autoridades el permiso de firmar el matrimonio, aunque la legislación doméstica definía que eso solamente sería posible entre personas del sexo opuesto. El caso fue hasta la corte constitucional austriaca y fue decidido que la pareja no tenía un derecho constitucional o convencional al matrimonio.

Así, Schalk y Kopf ingresaron con un pedido en la Corte Europea de Derechos Humanos, fundamentado en una violación a los artículos<sup>2</sup> 12<sup>3</sup> y una violación a los artículos 14 combinado con el 8<sup>4</sup> de la Declaración Europea de Derechos Humanos. Los pedidos versan sobre 1) la existencia del derecho fundamental de las parejas del mismo sexo al matrimonio y, de modo subsidiario, 2) la existencia de un derecho fundamental de esas parejas tener una forma de reconocimiento de que están en una relación duradera que constituye familia y genera efectos similares al del matrimonio.

---

2 Por el reducido tamaño del artículo, no se citará la integralidad de todos los dispositivos citados.

3 ARTÍCULO 8 Derecho al respeto de la vida privada y familiar 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, su hogar y su correspondencia. 2. No habrá injerencia de una autoridad pública en el ejercicio de este derecho, salvo que esté de acuerdo con la ley y sea necesario en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, la seguridad pública o el bienestar económico de la población. país, para la prevención del desorden o el delito, para la protección de la salud o la moral, o para la protección de los derechos y libertades de los demás

4 ARTÍCULO 12 Derecho a contraer matrimonio Los hombres y las mujeres en edad casadera tienen derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, de conformidad con las leyes nacionales que rigen el ejercicio de este derecho.

Los argumentos sustanciales son los siguientes: que, en la sociedad actual, el matrimonio civil se modificó de tal forma que es una unión de dos personas que abarca todos los aspectos de sus vidas, mientras que la procreación y educación de los niños ya no es un elemento decisivo, pero subsidiario. Como la institución del matrimonio había sufrido cambios considerables en la sociedad moderna, ya no hay ninguna razón para rechazar el acceso de las parejas del mismo sexo al matrimonio. El Artículo 12 no necesariamente debe leerse en el sentido de que los hombres y las mujeres solo tienen derecho a casarse con una persona del sexo opuesto, pero sí como un enunciado amplio. Además, los solicitantes consideraron que la referencia en el Artículo 12 a las leyes nacionales pertinentes no podía significar que los Estados tuvieran una discrecionalidad ilimitada para regular el derecho a contraer matrimonio. Encima, los solicitantes se quejaron en virtud del artículo 14 en conjunción con el artículo 8 de la Convención que fueron discriminados en cuenta de su orientación sexual, ya que se les negó el derecho a casarse y no tenía ninguna otra posibilidad de que su relación sea reconocida por ley antes de la entrada en vigor de la Ley de asociación registrada. Por fin, defendieron que las parejas del mismo sexo deben ser reconocidas como familia.

El gobierno austriaco ingresó en la controversia y sustentó que no hay un derecho como los aplicantes fundamentan. Sin embargo, Austria ya tenía una ley, que empezó a producir efectos en 1 de enero de 2010. La nueva ley cubrió campos tan diversos como derecho civil y penal, laboral, social y social la ley de seguros, la ley de impuestos, la ley de procedimiento administrativo, la ley de datos protección y servicio público, pasaportes y problemas de registro, así como legislación con respecto a los extranjeros. No obstante, se observa que solamente 6 años después de la aplicación, que regula los derechos de las parejas de mismo sexo con similitudes al matrimonio. Así, el Gobierno sostuvo que era dentro del margen de apreciación del legislador para decidir si coincidía la posibilidad de que se reconociera la relación de las parejas del mismo sexo por ley en cualquier otra forma que no sea el matrimonio. Además, el Gobierno sostuvo que tanto la redacción clara del artículo 12 como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia indicaba que el derecho a contraer matrimonio se limitaba por su propia naturaleza a parejas de sexo opuesto.

La decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos debe ser analizada en dos puntos. El primero referente a la existencia o no del derecho fundamental de las parejas del mismo sexo contraer matrimonio y el segundo referente al deber de los países miembros reconocer otra

posibilidad de que su relación sea protegida por ley.

Sobre el derecho fundamental al matrimonio, aunque solo seis de los Estados miembros del Consejo de Europa permitieron el matrimonio de parejas homosexuales, la disposición de la Carta de los Derechos Fundamentales, que otorga el derecho a contraer matrimonio no incluye una referencia a solamente hombres y mujeres. Lo que permite la conclusión de que el derecho a casarse no debe ser en todas las circunstancias limitado al matrimonio entre dos personas del sexo opuesto. Entonces, la Corte llegó a la conclusión de que el artículo 12 podría aplicarse a la denuncia de los demandantes.

Sin embargo, según interpretación de la Corte, la Carta dejó la decisión de permitir o no el matrimonio entre personas del mismo sexo a la regulación por ley nacional de los Estados miembros. El Tribunal subrayó que las autoridades están en mejores condiciones para evaluar y responder a las necesidades de la sociedad en este campo, dado que el matrimonio tenía una connotación social y cultural profundamente arraigada a cada cultura referente a los países miembros. En conclusión, el artículo 12 no impone una obligación del Estado demandado de conceder a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio. Ese está en la margen de discrecionalidad del legislador de los Estados. Tal conclusión fue unánime en la Corte.

Sobre el punto dos, una vez observada la rápida evolución de la protección social en Europa hacia las parejas del mismo sexo en la última década, habría sido un error caso la Corte mantenga la opinión de que tales parejas no podrían disfrutar de la vida familiar. Por lo tanto, concluyó que la relación de los solicitantes, una pareja del mismo sexo que cohabita y que vive en una asociación estable, caía dentro de la noción de familia, así como la relación de una pareja de diferente sexo en la misma situación. La Corte sostuvo reiteradamente que un trato diferente basado en la orientación sexual requería razones especialmente serias por medio de la justificación. Había que suponer que las parejas del mismo sexo eran tan capaces como las de sexo diferente de entrar en relaciones estables y comprometidas; ellos fueron consecuentemente en una situación similar en lo que respecta a la necesidad del reconocimiento legal de su relación. Sin embargo, dado que la Convención debía leerse en su totalidad y que no hay una obligación de los estados a otorgar el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo, el tribunal no pudo compartir la opinión de los demandantes de que tal obligación podría derivarse de otros artículos.

Lo que quedó por examinar era si el Estado debería haber proporcionado a los solicitantes un medio alternativo de reconocimiento legal de su sociedad anterior a 2010. A pesar de la tendencia emergente a la

legalidad reconocer las alianzas entre personas del mismo sexo, esta área aún debe considerarse como una de las derechos sin consenso establecido, donde los Estados gozan de un margen de apreciación en el momento de la introducción de cambios legislativos. La ley austríaca refleja esta evolución; aunque no en la vanguardia, la legislatura austríaca no podía ser reprochado por no haber introducido la Ley de Asociación Registrada anteriormente. Por último, el hecho de que la Ley de asociación registrada conservó algunas diferencias en comparación con el matrimonio en relación con los derechos de paternidad, adopción e inseminación artificial, esos correspondían en gran medida a la tendencia en otros Estados miembros de adoptar una legislación similar. Por otra parte, como los demandantes no alegaron que estuvieran directamente afectados por ninguna restricción relativa a esos derechos específicos, el Tribunal no tuvo que examinar cada una de las diferencias en detalle ya que eso estaba más allá del alcance del caso. Así, la Corte concluye que no había un derecho de la pareja a un reconocimiento legal de su relación anterior a la ley nacional, o que significa que el momento<sup>5</sup> y los derechos referentes a la relación de parejas del mismo sexo están en la margen de apreciación, o discrecionalidad, del Legislador.

La decisión n° 138 de 2010 del Tribunal Constitucional italiano se desarrolla de forma muy similar. El caso versa sobre un juicio de constitucionalidad en vía incidental, que impugnó los artículos n° 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis y 156 bis del código civil italiano<sup>6</sup>. Los hechos

5 Hay un entendimiento distinto sobre si el momento del reconocimiento en la margen de apreciación o no, los jueces Rozakis, Spielmann y Jebens entienden que no. Se indica la lectura del *joint dissenting opinion of judges rozakis, Spielmann and jebens*.

6 Los más importantes creemos que sean los siguientes: Art. 107: Nel giorno indicato dalle parti l'ufficiale dello stato civile, alla presenza di due testimoni, anche se parenti, dà lettura agli sposi degli articoli 143, 144 e 147; riceve da ciascuna delle parti personalmente, l'una dopo l'altra, la dichiarazione che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie, e di seguito dichiara che esse sono unite in matrimonio. L'atto di matrimonio deve essere compilato immediatamente dopo la celebrazione; Art. 108: La dichiarazione degli sposi di prendersi rispettivamente in marito e in moglie non può essere sottoposta né a termine né a condizione. Se le parti aggiungono un termine o una condizione, l'ufficiale dello stato civile non può procedere alla celebrazione del matrimonio. Se ciò nonostante il matrimonio è celebrato, il termine e la condizione si hanno per non apposti.

Y Art. 143: Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri. Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione. Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia.

tratan de un funcionario público que recusó la solicitud de formalización del casamiento entre la pareja homosexual con la fundamentación que la norma vigente, tanto constitucional cuanto ordinaria, interpretada de forma sistemática, solamente admite el matrimonio de parejas de sexo distintos. Así, el matrimonio homosexual sería jurídicamente inexistente en el ordenamiento italiano. El caso fue para el judicial en dos grados, hasta llegar a la Corte Constitucional.

Los solicitantes del control de constitucionalidad sostienen que la decisión administrativa y judicial fue equivocada, porque la sociedad pasó por una rápida transformación en su cultura y costumbres en la última década. Así, fue superada la noción del matrimonio como exclusivo de la familia tradicional, aquella integrada solo por personas nacidas de sexos distintos. Entonces, es necesaria una ampliación del concepto del matrimonio y de su interpretación judicial.

Además, ellos defendieran un derecho fundamental de la persona al matrimonio, incluso reconocido a nivel supranacional, como una esfera de derecho en que el Estado no puede interferir, sino hay interés superior. Así, ante el artículo 3 de la Constitución Italiana, ellos argumentan que contraer matrimonio es un momento esencial de la expresión de la dignidad humana, debiendo ser garantido a todos sin discriminación de cualquier forma, incluso sexo u orientación sexual. Entonces, el derecho fundamental al matrimonio deriva de la Convención, de la Constitución y la propia dignidad de la persona humana. También debe ser considerado que la protección de la familia, garantida en el artículo 29 de la Constitución italiana también abarca a las parejas homosexuales, una vez que el concepto de familia también fue extendido por la evolución social.

No obstante, ellos sostienen que por la protección del principio de la igualdad, un tratamiento diferencial solamente es justificado caso haya un caso distinto y considerables razones para tanto. Entonces, se trata de tratar igualmente los iguales y desigualmente los desiguales en la medida de su desigualdad. En el caso del matrimonio de personas del mismo sexo, no hay desigualdad o razón que sostenga la disparidad de tratamiento, que no sea la discriminación por la orientación sexual.

El abogado del Estado defendió la inadmisibilidad y la inadecuada fundamentación del requerido. Así, él sostuvo que como uno de los requisitos del matrimonio es que sea constituido por personas de sexo opuesto, la decisión administrativa fue legal y constitucional. Además, tal instituto civil funciona como un instrumento de tutela y previsión de derechos como filiación, adopción, sucesión, de personas de sexo opuesto que con-

traen una relación estable y duradera. No obstante, consiste en tratar los desiguales desigualmente. Sin embargo, eso sustentó que la pareja homosexual no está prohibida en el ordenamiento italiano, siendo reconocida y tutelada como una pareja de hecho, pero el institución del matrimonio no es aplicable a ella, por expresa previsión legal. Entonces, una intervención interpretativa que manipule la situación judicial para alargar el matrimonio y pasar por alto los requisitos literales y expresos del código civil sería tanto ilegítimo como indeseable, una vez que tal norma debe ser competencia del legislador, reservada a discrecionalidad normativa de ello.

La decisión del Tribunal Constitucional Italiano fue de que las cuestiones, llevadas por los ordenaciones de remesas, sobre la existencia del derecho fundamental de las parejas del mismo sexo al matrimonio deben ser declaradas inadmisibles, porque tiene como objetivo una decisión creativa del derecho que la constitución no determina. Entonces, partiendo de una concepción de que la Constitución estipula al legislador tres hipótesis, o sea, la prohibición de algo, ordenación de algo y liberación de algo. La decisión favorable solamente sería posible caso el matrimonio de las personas del mismo sexo fuese ordenado por la Constitución, lo que, según la interpretación del Tribunal Constitucional italiano, no ordena (ROMBOLI, 2011).

La fundamentación de la decisión tiene 3 puntos principales. El primero se refiere a la necesidad de la heterosexualidad para la configuración del matrimonio. Haciendo una lectura amplia del ordenamiento jurídico italiano, el Tribunal sustentó que sólo está previsto el instituto del matrimonio civil a las uniones estables entre un hombre y una mujer, una vez que tanto en el código civil cuanto en la legislación especial como la ley nº 898/1970 es un elemento indispensable la unión de personas de sexos distintos.

Además, en la propia historia constitucional la concepción de familia en Italia siempre fue la unión de dos personas de sexos distintos. Aunque en la elaboración del dispositivo paradigma del art. 29 de la Constitución italiana, los legisladores constitucionales tuvieron como paradigma la familia tradicional, no derivando de ahí un supuesto derecho fundamental al matrimonio homosexual. Cuando Romboli analiza la decisión del Tribunal Constitucional italiano, él apunta que el raciocinio empleado por la corte fue, en este punto, principalmente, originado sobre el núcleo protegido por la norma constitucional del artículo 29 (ROMBOLI, 2011, p. 8).

De la misma manera, el Tribunal reconoce la posibilidad de la caracterización de las parejas homosexuales como familia, no siendo estas prohibidas de ninguna manera. Sin embargo, su reconocimiento, necesario a partir de una disciplina general que regule



los derechos y deberes de las uniones estables de esa especie, no debe necesariamente ser hecho por la equiparación al matrimonio. Y la necesidad un requisito indispensable para la interpretación de existencia de un derecho fundamental. Encima de eso, el tratamiento desigual de las parejas de sexos distintos es razonable y justificado por una tradición milenaria de la cultura italiana y por su configuración naturalmente distinta. Razón por lo cual se está tratando desigualmente los casos de (parejas) distintas.

Sin embargo, el Tribunal argumentó que eso no tiene competencia para crear un derecho o ampliar la conceptualización legal del matrimonio, una vez que ya existe ley para tanto. Entonces, solamente el legislador tiene la discrecionalidad para ampliar el matrimonio a los homosexuales, quedando este asunto en la libre margen de apreciación del Estado.

De la decisión italiana, se concluye que la ampliación del matrimonio a las parejas homosexuales está en el ámbito de la discreción del legislador, debiendo el Poder Judicial respetar dicho espacio. No se olvida que hay un derecho fundamental a las parejas homosexuales de constituir familia, pero se comprende que ese derecho es diverso a un derecho fundamental al matrimonio homosexual, en el punto de vista de la Corte Constitucional italiana (ROMBOLI, 2011, p. 12).

#### **4 - LA OPINIÓN CONSULTIVA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2017, LA DECISIÓN DEL ADPF Nº 132 Y EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN AMÉRICA:**

El 18 de mayo de 2016, la República de Costa Rica ingresó con una solicitud de opinión consultiva en la Corte Interamericana de Derecho Humanos. La consulta, con fundamento en los artículos 64.1, 64.2, 70 y 72 de la Convención Americana, tuvo como alcance 5 preguntas. Dos específicamente sobre las parejas homosexuales y la posibilidad de matrimonio, cual sea:

Tomando en cuenta que la no discriminación por motivos de orientación sexual es una categoría protegida por los artículos 1<sup>7</sup>

---

7 Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o

y 24<sup>8</sup> de la CADH, además de lo establecido en el numeral 11.2<sup>9</sup> de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo?;

En caso que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?”

La consulta hecha por el Estado de Costa Rica cumplió con los requisitos convencionales de los tratados interamericanos y fue debidamente procesada. La decisión sobre la opinión consultiva fue amplia cuanto a su aplicación para los Estados miembros de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

La opinión consultiva se divide en dos importantes puntos enlazados con las preguntas hechas por el Estado de Costa Rica. El primero se refiere a los estándares aplicables a la unión o vínculos entre personas del mismo sexo aludidos por la consulta costarricense y, por tanto, con la primera pregunta. El segundo relaciona el vínculo entre personas del mismo sexo y sus derechos con el deber de protección emanado de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, consecuentemente con la segunda pregunta.

La representación de Costa Rica, cuando habla sobre la protección de los derechos patrimoniales de los vínculos entre personas del mismo sexo, no determinó cuál vínculo se refería. Así, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos hizo una interpretación amplia, considerando que las parejas homosexuales están protegidas por los tratados de derechos humanos a través del instituto de la familia. Con esa comprensión, los derechos protegidos y tutelados son más amplios que solamente los patrimoniales.

Partiendo de la Convención Americana, el Tribunal empieza su análisis normativa con dos artículos que protegen la familia y la vida familiar de manera complementaria. El bien jurídico tutelado, entonces, no se limita a los derechos patrimoniales vinculados a las parejas del mis-

---

cualquier otra condición social.

- 8 Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.
- 9 Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

mo sexo, pero a la propia comprensión de que las parejas caracterizan familia y, con eso, necesitan de una protección amplia. Así, eventuales violaciones a ese bien jurídico tutelado son comprendidas por su impacto contra la vida privada y familiar, así como por el impacto que puede tener en el núcleo de esa familia.

Entonces, es debida una protección tan amplia cuanto a la protección dada a las familias dichas tradicionales. El concepto de familia para la Corte no es cerrado, es un concepto amplio que abarca distintas formas particulares de familia. Para llegar a ese concepto, el tribunal analizó el término “familia” por distintos puntos de vista como el sentido corriente del término (interpretación literal), su contexto (interpretación sistemática), su objeto y fin (interpretación teleológica), siempre llevando en cuenta la evolución del concepto.

De manera semejante a la comprensión del Tribunal Europeo, la Corte Interamericana reconoció la importancia central de la institución “familia” para el amplio desarrollo social, personal y político para la persona humana. Esta surge de las necesidades y deseos más básicos del hombre, que necesita de ella para realizar sus anhelos de seguridad, felicidad y conexión humana. La persona necesita de la familia, en esa connotación amplia, para satisfacer la dignidad humana (SARLET, 2007, p 233).

Con esa fundamentación, la Corte concede una interpretación amplia del artículo 17.2 de la Convención donde se reconoce el derecho del “hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia”. La interpretación literal llevaría a una protección restrictiva de la familia, tutelando solamente una forma particular, o que no es la mejor interpretación para el caso concreto (ALEXY, 2015, p 29). Así, a partir de una investigación del concepto de familia en otras disposiciones normativas de la Corte, demuestran que la tutela no se restringe a una única forma de familia, pero al derecho de “toda persona” de constituir una familia. En otras palabras, no solo las parejas formadas entre hombre y mujer son legitimadas para constituir una familia. Por todo eso, la Corte coincide con el Tribunal Europeo para firmar que sería una distinción artificial afirmar que una pareja homosexual no puede gozar de un vínculo familiar como lo podría hacer una pareja heterosexual. Así, el derecho de las parejas del mismo sexo gozar del vínculo familiar como las parejas heterosexuales gozan, tiene dos vertientes, consonante la comprensión de la Corte Interamericana.

El primer punto establece que la protección de la familia homosexual se extiende a todos los instrumentos del sistema interamericano de protección de derechos humanos que se refieran a la familia. El segundo

punto determina que la familia homosexual gozará de igual protección de la ley, refiriéndose al ordenamiento jurídico de los Estados miembros y su aplicación. Estos puntos tienen como consecuencia una visible expansión de derechos y deberes de las parejas del mismo sexo.

Entonces, fue decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar, así como del derecho a la protección de la familia, el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo es protegido por la Convención Americana. Así, la Corte ha firmado posición que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación, todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Además, sin perjuicio de lo anterior, los deberes positivos de los Estados Partes, extraídos de la convención, trascienden “las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales”.

Una vez firmada la respuesta de la cuarta pregunta presentada por el Estado de Costa Rica, el Tribunal examina cual el mejor camino para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo si la creación o no de nuevos instrumentos o la extensión de las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos. Para tanto, la Corte empieza con un examen sobre las prácticas internacionales y americanas relevantes para asegurar los derechos derivados del vínculo familiar entre parejas homosexuales.

Así, ante la mención a diversos casos como de Uruguay, Argentina, Brasil, Colombia, Chile y Ecuador, se queda perceptible una tendencia en los ordenamientos americanos para extender el matrimonio para las parejas homosexuales. En ese sentido, la mayoría de los Legislativos y Judicarios adoptaron una posición de no discriminación y de extensión de los clásicos instrumentos del derecho civil a las parejas del mismo sexo, evitando la creación de nuevos institutos.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de un análisis sobre los distintos institutos usados para garantizar los derechos humanos de las parejas homosexuales de los diversos Estados Partes, comprendió que el medio más sencillo y eficaz para asegurar dichos derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo no es la creación de nuevas figuras jurídicas, pero la extensión de las instituciones

existentes a las parejas aquí protegidas y analizadas. Eventual comprensión contraria, o sea, la de crear una institución que produzca efectos similares o apenas más restringidos, pero con nombre diverso, incidiría en un propósito de señalar socialmente una subestimación estigmatizante.

Se ejemplifica con la creación del instituto propio para las parejas homosexuales, eso incurriría en discriminación por permitir el matrimonio apenas para las parejas de acuerdo con la heteronormatividad y cualquier otra que no considerada la pareja “normal” debería ser catalogada en otra institución, mismo que los efectos sean los mismo. Con base en ello, la Corte inadmitió la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana.

Así, hay una mayor protección y cumplimiento del principio pro persona del artículo 29 de la Convención Americana cuando se extiende el matrimonio a las parejas del mismo sexo. También, el reconocimiento de la extensión se alinea mejor con los artículos 11.2 y 17 de la Convención.

Una comprensión contraria estaría basada en convicciones religiosas o filosóficas, según la Corte, de tal forma que “establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia –sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil– no logra superar un test estricto de igualdad pues, a juicio del Tribunal, no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional”. Así, asegurando la posición que la mejor manera de respetar y garantizar los derechos humanos de las parejas homosexuales es a través de la extensión de los institutos ya concedidos a las parejas heterosexuales - incluso el matrimonio.

Aunque la posición está firmada, es posible que haya dificultades institucionales para los Estados Partes adecuar su ordenamiento jurídico con la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por eso, la Corte no cobra la extensión completa del matrimonio a las parejas del mismo sexo. La propia interpretación de la Corte fue de forma progresiva emanada por la Convención y es eso que se cobra de los Estados Partes (Alexy, 2015, p. 30). Por lo tanto, cuando haya una real dificultad en la realidad del Estado, se pide a él que impulse realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internas con la opinión

consultiva de 24 de noviembre de 2017. De otro lado, eso no permite que los Estados Partes continúen a discriminar las parejas del mismo sexo. Así, es deber de los Estados garantizar los mismo derechos derivados del matrimonio a las parejas del mismo sexo en la situación transitoria.

Ahora se empieza el análisis de la decisión del ADPF n° 132/RJ de Brasil. En el año de 2011, fue juzgado una importante acción constitucional sobre los derechos de las parejas homosexuales en la Suprema Corte Brasileña. La acción ADPF n° 132/RJ fue empezada por el Gobernador del Estado de Rio de Janeiro y tenía por intención solucionar un conflicto jurisprudencial que ocurría tanto en el Estado que gobernaba cuanto en todo territorio nacional.

El caso incidía sobre el alcance de los derechos de las parejas del mismo sexo, principalmente, sobre la posibilidad de conceder a las uniones homosexuales de servidores públicos los mismos derechos previstos en ley para las uniones heterosexuales en la misma situación. Son ejemplos con derechos como licencia del trabajo para familiares enfermos, acompañamiento de cónyuge y derechos de asistencia y previsión social. Así, el Gobierno del Estado de Rio de Janeiro ingresó con la acción requiriendo que el Supremo Tribunal Federal de Brasil reconociese la igualdad de derechos entre los parejas homosexuales y las parejas heterosexuales de forma amplia para solucionar el conflicto que ocurría tanto en el Estado de origen como en todo Brasil.

Los argumentos eran pautados en los principios constitucionales de la igualdad, libertad, dignidad de la persona humana y seguridad jurídica, los cuales determinan que no se puede conferir tratamiento distinto a personas y situaciones iguales, una vez que la opción sexual no es un criterio diferenciador justo a fundamentar discriminaciones en los derechos de las parejas. Eso pues, la libertad y la dignidad de la persona humana determinan que el ámbito de orientación sexual de la persona está en el ámbito privado y protegido de injerencias estatales discriminatorias.

Por cuestiones procesuales y procedimentales del Supremo Tribunal Federal brasileño, la acción fue procesada conjuntamente con la ADIN n° 4.277, que tenía por objeto el reconocimiento de la aplicación del artículo 1.723<sup>10</sup> del Código Civil brasileño a las parejas homosexuales, incluyéndolas en el ámbito de la protección de los derechos asegurados a las uniones estables en igualdad de tratamiento con las parejas heterosexuales.

10 Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

La decisión constitucional de las acciones ADPF n° 132/RJ y ADIN n° 4.277 fue basada en cuatro argumentos principales, que son: la prohibición de la discriminación, la orientación sexual como integrante del alcance de protección del derecho de libertad orientado por la dignidad de la persona humana, el reconocimiento de la familia de forma amplia y como derecho subjetivo fundamental, la necesidad de protección normativa de las parejas del mismo sexo. Explica-se cada uno de ellos para una mejor comprensión de la decisión y su resultado.

El punto de partida para la comprensión de la fundamentación del Supremo Tribunal federal empieza con la Constitución brasileña, que prohíbe la discriminación y el prejuicio en virtud del sexo o de la diferencia natural y fisiológica entre el hombre y la mujer. Así, esa prohibición abarca el hecho de que la diferencia entre hombre y mujer es igual a las diferencias de edad, color, raza y otras contingencias sociales y geográficas que como factores accidentales que son no pueden ser utilizados como causa de merecimiento o desmerecimiento intrínseco de cualquier persona que sea. La dignidad de la persona humana determina eso, una vez que es la cualidad de persona como valor esencial que determina el respeto por sus derechos y libertades, no importando su color, sexo, raza o cualquier otro factor natural accidental.

Una vez que la pertenencia al sexo masculino o femenino no puede ser un factor de merecimiento o desmerecimiento innato ante su nítido carácter aleatorio, que ocurre en lo imponderable de la naturaleza. También la orientación sexual de las personas y el concreto uso de su sexualidad esta abarcada por el mismo carácter de lo naturalmente imponderable, siendo no más que un factor natural accidental. Entonces, es igualmente prohibido discriminar alguien en razón de su sexo como lo es prohibido discriminar una persona en razón de su orientación sexual.

Entonces, hay un salto normativo de la prohibición del perjuicio para la proclamación del derecho a libertad de orientación sexual basado por los principios de igualdad, libertad y la dignidad de la persona humana. Además, la Constitución brasileña se omite de forma intencional cuando no establece cualquier previsión constitucional sobre el tema. Recordamos que todo lo que no es jurídicamente prohibido u obligado esta jurídicamente permitido. De otro lado, el empleo de la sexualidad de la persona es de naturaleza íntima y privada, no debiendo ser objeto de interferencias estatales discriminativas. El derecho de libertad garantiza también la libertad de orientación sexual, no se puede olvidar que el libre ejercicio de la sexualidad y de la aceptación social de la persona son ele-

mentos esenciales para el libre desarrollo de la persona y de su felicidad, que son objetivos fundamentales del Estado brasileño.

En esa línea argumentativa, el derecho fundamental del libertad sexual, ejercitable en la intimidad y la privacidad de la persona, está garantizado por la Constitución poco importando que se trata de pareja homosexual o heterosexual, una vez que la situación jurídica es de naturaleza disponible y su espectro funcional abarca las distintas orientaciones sexuales como iguales ante su carácter esencial al libre desarrollo de la dignidad humana. Con esos argumentos, el Tribunal comprendió que así como no se puede distinguir las personas por sus sistemas reproductores biológicos, también no se puede distinguir las personas por como ejercitan su libertad sexual – dimensión tan natural e instintiva como el sexo, siempre respetando las libertades de la sexualidad del otro.

Siendo así, hay una protección fundamental a la orientación sexual como integrante del alcance de garantía del derecho fundamental de libertad orientado por la dignidad de la persona humana. En otras palabras, la orientación sexual y su manifestación a través de la formación de parejas, incluso la homosexual, están protegidas por la Constitución brasileña. Todavía, resta la pregunta si la protección de los derechos de las parejas homosexuales ocurre de la misma forma y por los mismos institutos que los derechos de las parejas heterosexuales. Para la adecuada comprensión de la respuesta del Tribunal brasileño, debemos seguir con la fundamentación del relator del caso.

Para tanto, el relator del caso analizó el instituto familia en una perspectiva constitucional y social. Así, de manera similar a las otras tres decisiones ya analizadas y a la fundamentación del Tribunal Europeo, la Corte Italiana y la Corte Interamericana, la familia es considerada como elemento central del Estado y del amplio desarrollo social, personal y político de la persona humana. Hay una perspectiva fundacional en la concreción de una familia, siendo esa esencial para cualquier persona. Por eso, la comprensión amplia de la familia protege tanto la familia tradicional, cuanto la mono parental o la homosexual, garantizando de forma igual los derechos de cada una de ellas.

En ese camino, donde la comprensión constitucional de la familia de manera amplia abarca y protege las distintas formas de uniones personales, la interpretación del Código Civil brasileño debe ser de la misma forma. Entonces, la protección de las parejas del mismo sexo debe darse de la misma forma que la protección de las parejas heterosexuales, comprendiendo que los institutos de unión estable y el matrimonio son accesibles



para ambos tipos de parejas. Sin embargo, a pesar de haber una dicotomía en un dispositivo constitucional brasileño que prevé que el reconocimiento de la protección estatal de la unión estable entre el hombre y la mujer, ese no puede ser interpretado a partir de una perspectiva homofóbica.

Una vez que es prohibida la discriminación de las personas por la simple manifestación de su orientación sexual, esa integrante del alcance de protección del derecho de libertad, no es posible emplear un sentido restrictivo al reconocimiento del instituto de familia de modo a dejar de fuera las parejas homosexuales. Entonces, reconocida la institución familia de manera amplia a proteger y garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo, hay, también, un deber de protección estatal de esas parejas que se da de la misma forma que la protección de las parejas dichas tradicionales, o sea, a través de los institutos de la unión estable y el matrimonio asegurados todos sus derechos y deberes. Incluso con la decisión, todavía había controversias sobre el alcance del juzgado de la Corte Constitucional, razón por la cual fue hecha la Resolución nº 175 del 14 de mayo de 2013, que garantizó expresamente el derecho del reconocimiento y registro del matrimonio y de la unión de hecho de las parejas del mismo sexo.

## 5 - CONCLUSIÓN:

Las decisiones constitucionales y convencionales son muy semejantes, teniendo argumentaciones similares y, en algunos puntos, incluso, idénticas. Observamos que las decisiones de Europa e Italia van en el mismo sentido así como las decisiones de América y Brasil también. Alguien podría afirmar que naturalmente, una vez que las Cortes Convencionales influyen las Cortes Constitucionales, todavía la decisión de Brasil fue anterior a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las decisiones europeas aquí analizadas fueran del mismo año.

Así, empezamos con las semejanzas entre las decisiones. Todas inciden sobre el derecho fundamental o convencional de las parejas del mismo sexo de ser reconocidas jurídicamente y de la posibilidad de contraer matrimonio. Además, los cuatro tribunales comprendieron que se debe tener una visión amplia del concepto de familia que abarca las parejas homosexuales. De otro lado, también todos los tribunales aquí analizados aceptaron que alguna forma de reconocimiento jurídico es necesario para la protección de las parejas del mismo sexo.

Sin embargo, la diferencia ocurre en el espacio de conformación política del Legislador. En otras palabras, según la teoría de los espacios dogmáticos, el espacio epistémico de discrecionalidad del legislador versa sobre la competencia legislativa de decidir cuándo es libre o no para ejercer su poder legislativo - la discrecionalidad sustancial (ALEXY, 2014, p. 519). Alexy y otros autores defienden que ese espacio debe ser definido por el Legislador, que es el poder con mayor legitimidad democrática.

Pero lo que queda claro en las decisiones sobre la existencia o no de un derecho convencional/constitucional sobre el matrimonio homosexual es que ese espacio (el espacio de conformación política), en realidad, es definido por el tribunal convencional/constitucional y no por el legislador. Entonces, el poder que realmente dispone sobre la amplitud del espacio de discrecionalidad sustancial empírica o normativa (o el espacio de conformación política como otros autores lo llaman) es el tribunal encargado de dar la última palabra sobre los derechos convencionales/fundamentales.

En el desarrollo del presente trabajo, se percibió que los artículos analizados eran muy semejantes como la breve analice literal demostró. Lo que realmente definió la decisión por la existencia o no de un derecho convencional/fundamental de las parejas homosexuales fue la argumentación empleada por el tribunal. O sea, fueran los tribunales que decidieron si el derecho en disputa estaba a la libre decisión del Legislador (Corte Europea de Derechos Humanos y Italia) o se constituya un derecho convencional/fundamental con aplicabilidad inmediata (Corte Interamericana de Derechos Humanos y Brasil).

La problemática de una cuestión como esa es que el Poder que decide sobre lo Espacio de discrecionalidad sustancial empírica o normativa (o el espacio de conformación política) es el poder con menos legitimidad democrática si comparado con el Legislativo y Ejecutivo, cual sea: un tribunal. Es a él, en la realidad, a quien cabe decir cual el espacio del legislador y no lo contrario en los ordenamientos jurídicos modernos.

Tal problemática se agrava cuando la decisión versa sobre la existencia o no de un derecho fundamental dicho implícito (que no está previsto explícitamente en la Constitución). Parece razonable que los cuatro tribunales comprendieron que existía un derecho fundamental a las parejas homosexuales a constituyeron familia, pero ellos divergieron sobre se la forma de protección de la familia homosexual por el matrimonio constituiría un derecho fundamental, restando la cuestión a la discrecionalidad de los jueces. Quedó la pregunta si ese es el escenario ideal.

**FUENTES:**

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 4.ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. *Formal principles: Some replies to critics*. In International Journal of Constitutional Law. Vol. 12, I. 3, Julho de 2014, p. 511-524.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 4.ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALEXY, Robert. *The dual nature of law*. In: Ratio Juris. Vol. 23. N. 2. Junho de 2010, p. 167-182.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estado de Direito*. Coimbra: Fundação Mário Soares e Gradiva, 1999.

DA SILVA, Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais nº 798, 2002, 23-50.

FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias, in: Revista do Ministério Público, Lisboa, nº 61, janeiro-março, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. 9.ed. Madrid: Trotta, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4.ed. Madrid, Trotta, 2009.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. 2010. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010.

KLATT, Matthias, *Robert Alexy's Philosophy of Law As System*. "Institutionalized Reason", edited by Matthias Klatt, 1–26. 2012. Oxford: Oxford University Press. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2984327>.

MAYA, André Machado. *A oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal*. 2015. Tese (Doutorado em Ciências Criminais), Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2015.

MELO, Cláudio Ari; MOTTA, Francisco José Borges. *A ambição do ouriço: um ensaio sobre a versão final da filosofia do direito de Ronald Dworkin*. In: Revista Novos Estudos Jurídicos. Vol. Nº 22, mai-ago, p. 723-753, 2017.

MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada na decisão jurídica democrática*, 2014. Tese (Doutorado em direito). Programa de pós-graduação em direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2014.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro*, 2009. Dissertação (Mestrado em direito). Programa de pós-graduação em direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2009.

PULIDO, Carlos Bernal. *The rationality of balancing*. In *Archiv Fuer Rechts- Und Sozialphilosophie* 92 (2):195-208, 2006.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROMBOLI, Roberto. *La sentenza 138/2010 della corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*. In *Rivista Telematica giuridica Dell'Associazione Italiana Dei Costituzionalisti* n.339 del 05.08.2010, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

SIECKMANN, Jan-R. *La teoría del derecho de Robert Alexy: Análisis y crítica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

ANAIS DO IV CONGRESSO MUNDIAL DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL  
VOLUME 4

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia*. Bologna: Società editrice Il Mulino, 2008.

# PRUEBAS NEUROCIENTÍFICAS Y DERECHOS HUMANOS: ESTUDIO PRELIMINAR DE LAS TENSIONES Y CONTROVERSIAS DENTRO DE LOS PROCESOS JUDICIALES<sup>1</sup>

FERNANDO LUNA SALAS<sup>2</sup>

## 1 - INTRODUCCIÓN: CIENCIA NOVEL.

Una hipótesis que va teniendo gran relevancia en el ámbito del derecho procesal, es aquella que contempla la eventual utilización probatoria de la neurociencia dentro de las controversias que se suscitan en la jurisdicción. Entiéndase esta como la ciencia que se ocupa de estudiar la organización funcional del sistema nervioso central, es decir, del cerebro. La comunidad científica ha concordado en afirmar:

“Todavía queda mucho por descubrir y aprender y, fundamentalmente en aspectos tan importantes como la conciencia; por lo que el estudio de la corteza cerebral y las funciones en las que está implicada es una de los campos de investigación más activo y excitante dentro de las Neurociencias”. (La Asociación Británica de Neurociencias, 2003, pág. 5)

- 1 El presente artículo de reflexión es derivado de la investigación que lleva por título “PRUEBAS NEUROCIENTÍFICAS Y DERECHOS HUMANOS: ESTUDIO PRELIMINAR DE LAS TENSIONES Y CONTROVERSIAS DENTRO DE LOS PROCESOS JUDICIALES”. En el artículo en mención el autor actuó en calidad de investigador, y el mismo fue financiado por recursos propios dentro del Semillero de Investigación “Ciencia y Proceso”, el cual está vinculado al grupo de investigación “Filosofía del derecho, derecho internacional y problemas jurídicos contemporáneos” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena.
- 2 Abogado y Magister en Derecho de la Universidad de Cartagena, especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Profesor investigador de las cátedras de Derecho Procesal civil, Derecho Probatorio y Neurociencia y Derecho de la Universidad de Cartagena y de la Fundación Tecnológica Antonio de Arévalo (TECNAR). Editor asociado de la Revista Jurídica Mario Alario D Filippo. Coordinador y jurídico de Proyectos de Intervención y de Cooperación Internacional sobre Víctimas y Comunidades Indígenas. Director del Semillero de Investigación “Ciencia y Proceso”, y Coinvestigador del Semillero de Investigación “Neurociencia y Derecho”, los cuales están vinculados al grupo de investigación “Filosofía del derecho, derecho internacional y problemas jurídicos contemporáneos” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena. Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional (ACDPC) y Director del Capítulo Regional Bolívar de la misma asociación. <https://orcid.org/0000-0003-4574-6335> E-Mail: flunas@unicartagena.edu.co

De acuerdo a Sanguinetti (2014, p. 7) la Neurociencia se ocupa de estudiar fenómenos como la percepción, la inteligencia, el lenguaje, las emociones, la conciencia, el yo, las decisiones, las preferencias morales, la estética y la educación.

Esta ciencia novel que está aún en desarrollo y en estructuración científica, niega o contradice muchas tesis de la filosofía, la psicología y la ciencia jurídica, especialmente en el campo del derecho penal. En palabras de Michele Taruffo, el problema que podríamos encontrar se refiere a la “determinación de su efectiva relevancia para la declaración de los hechos que son objeto de prueba y decisión en el juicio” (2013, p. 15). González Lagier (2018, p. 43 y 44), por su parte, considera que existen tres retos que la neurociencia plantea en específico para el Derecho penal que son: El problema del libre albedrío, el de la reducción de los estados mentales a meros procesos neuronales y el de la reducción de la normatividad a una especie de leyes de la naturaleza.

Teniendo en cuenta lo anterior, el presente trabajo jurídico-reflexivo, se hace desde la perspectiva cualitativa con una revisión bibliográfica-documental, tiene como objetivo analizar y tener un breve acercamiento al uso de las técnicas neurocientíficas como medios de prueba dentro de los procesos judiciales, sobre todo en lo relativo a la afectación, tratamiento o posible vulneración de derechos fundamentales de la persona a la que investigan o procesan como presunto culpable de la comisión de una conducta punible.

En la utilización de esta clase de medios probatorios, se avizora la presencia de ciertas inquietudes que tienden, por un lado a su fiabilidad y precisión probatoria y por otro lo relativo al tratamiento ético y jurídico. Y precisamente es sobre este último punto en el cual se quiere profundizar, sobre todo partiendo del problema que puede formularse a partir de los siguientes interrogantes ¿Se requiere el consentimiento del sujeto para ser jurídicamente aceptables las pruebas neurocientíficas? ¿El derecho de defensa se vulnera con esta clase de pruebas? ¿Las pruebas neurocientíficas equivalen a una confesión? ¿Afectan a la dignidad de la persona este tipo de pruebas?

## 2 - NEUROCIENCIA Y DERECHO

Muchos teóricos y filósofos del derecho están cuestionando sus saberes y la práctica judicial desde el campo de las neurociencias, como consecuencia de ello, se preguntan por ejemplo, lo referente a la autonomía de la voluntad, pilar y principio básico jurídico, dado que los estudios realizados por una corriente de neurocientíficos apuntan a la no existen-

cia del libre albedrío, que tiene como fundamento la idea de autonomía de la voluntad, lo que tiene implicaciones a su vez en el derecho penal y el civil. Así mismo, se cuestionan ideas como la capacidad, el campo de la verdad y falsedad, lo que podría estar relacionado con la veracidad de las declaraciones de los testigos, incluso se ha llegado a hablar de una neurofilosofía y de una neuroética.

El año 2004 marcó un punto de partida importante para la vinculación de la neurociencia y el derecho con la aparición del texto *Neuroscience and the Law Brain, Mind, and the Scales of Justice*<sup>3</sup>, libro que quizá dio lugar a una aproximación de lo que podría ser el neuroderecho en el common law, este es el momento preciso para resaltar como el sistema jurídico anglosajón lleva ventajas al civil law; que aún se muestra escéptico frente al tema, a lo mejor por temor de caminar por un plano poco explorado.

Para comprender la interacción entre ambas ciencias se entenderá que el cerebro y en general el sistema nervioso central origina y condiciona la conducta humana, la cual es objeto de estudio para el derecho y a su vez regulada por los sistemas jurídicos. Antes del desarrollo de esta ciencia era impensable, por ejemplo, cuestionar con fundamentos -desde una perspectiva científica y no filosófica- la idea del libre albedrío, asunto que ahora es bastante discutido e incluso ha llegado a replantear y a debatir por algunos juristas las tan cimentadas teorías del derecho penal. Haciendo un paréntesis -que mucho y poco tiene que ver- hay estudiosos del Derecho que hablan del fin de la noción de responsabilidad, porque se ha demostrado la inexistencia de la llamada “voluntad”, por tanto, también sería el final del Derecho Penal, inclusive del derecho en general (Taruffo, 2013).

Son varios los campos en donde el derecho puede entrar en contacto con la neurociencia, temas cruciales como: la determinación de la capacidad, ser o no imputable, la imparcialidad del juez, la voluntad, ser jurídicamente responsables, la veracidad de un testigo, determinar si hubo error como vicio del consentimiento. Posiblemente, nada de esto podría ser tratado por el derecho tan profundamente sin una explicación neurocientífica, la cual explora cómo funcionan estos aspectos en el cerebro y, por tanto, en la conducta, reiterando así mismo que todo ello implica una transformación de la cultura jurídica.

La neurociencia trae consigo una serie de técnicas psicoanalí-

---

3 En este libro se plasma de forma resumida las deliberaciones que se llevaron a cabo en una reunión de 26 neurocientíficos, juristas, abogados y jueces para resolver los problemas relacionados con los descubrimientos en la neurociencia y como estos pueden influir en los procedimientos legales, penales y civiles.



ticas relacionadas con las neuro-imágenes, las cuales pueden permitir superar los problemas de la prueba de los hechos psicológicos, tratándolos como hechos empíricos y no como ficciones normativas, levantando así, su velo de subjetividad.

Las siguientes técnicas han sido el resultado de los grandes avances tecnológicos en este campo de la neurociencia, como lo explica Sanguinetti (2014, p. 87 y 177): todo ello es posible gracias al descubrimiento acerca de que una neurona es una célula nerviosa completa y se constituye en la “unidad morfo-funcional básica del sistema nervioso”. El fenómeno denominado “descarga de espigas o potenciales de acción”, no es otra cosa que la “producción de potenciales de acción por el cono axónico de una neurona como respuesta a una determinada entrada de estímulos a esta misma neurona”.

Entre ellas se encuentran:

- **La tomografía por emisión de positrones (PET):** esta técnica consiste en que por medio de radioisótopos de átomos que emiten positrones, luego de colisionar estos con electrones de carga negativa, producen una emisión de rayos gamma por medio del cual se rastrea, mide y analiza a través de un sistema computarizado que genera imágenes tomografías de los fenómenos electromagnéticos que ocurren en el sistema neuronal cerebral. (Gómez Pavajeau, 2017, p. 250)
- **La tomografía axial computarizada:** esta técnica obtiene dichas imágenes por medio de una síntesis que realiza una computadora de los datos arrojados por la transmisión en un plano de una fina radiación X de forma circular, que se mide en el lado opuesto al de la emisión por medio de un contador de centelleo. (Mora y Sanguinetti. 2004, p. 275)
- **La magneto encefalografía,** es una técnica que registra la actividad funcional cerebral, mediante la captación de campos magnéticos, permitiendo investigar las relaciones entre las estructuras cerebrales y sus funciones.
- **La resonancia magnética funcional o nuclear (fMRI):** esta es una de las técnica más avanzadas que permite detectar los cambios en el flujo sanguíneo en el cerebro en el momento en que el individuo realiza determinadas tareas motoras o está en ciertos estados cognitivos o emocionales, lo que parece permitir correlacionar estados mentales con estados cerebrales, de manera que ante

la presencia de un estado cerebral determinado se podría suponer que el sujeto tiene el estado mental correspondiente.

Esta técnica es sensible a los cambios de flujo sanguíneo cerebral asociado a la actividad neuronal. Usa las propiedades paramagnéticas de la desoxihemoglobina endógena como marcador. (Mora y Sanguinetti. 2004, p. 243)

- **Magnetoencefalografía (MEG):** es una técnica no invasiva que registra la actividad funcional cerebral, mediante la captación de campos magnéticos, permitiendo investigar las relaciones entre las estructuras cerebrales y sus funciones.

- **Pletismógrafo del pene:** técnica para establecer actividad libidinosa frente a la exposición de imágenes - por ejemplo, de niños -, el tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia *Toomey VS United Kingdom* estimó que el Reino Unido no había violado la Convención Europea de DDHH. (Villamarín. 2014, p. 9)

Villamarín (2014, p. 83) explica en relación con las técnicas PET y FMRI que resultan ser técnicas no invasivas y que sirven para el estudio de las áreas cerebrales que se activan cuando se realiza una tarea específica o se somete al sujeto a ciertos estímulos, toda vez que, “las neuronas en el cerebro se encienden eléctricamente, formando una especie e red de circuitos eléctricos, puesto que, ciertos sucesos sensoriales, motores o cognitivos provocaban fluctuaciones en el electroencefalograma, lo que se denominó potenciales de evocación”.

Lawrence Farwell construyó el primer sistema de interfaz cerebro computadora y el método llamado huellas digitales cerebrales (brainfingerprinting) o evaluación computarizada del conocimiento (CKA), técnica con la cual se puede detectar la activación inducida en el cerebro de alguien que observa una imagen o escena impresa en la memoria, para así deducir, por ejemplo, que está mintiendo si al verla afirma que no la conoce, o comprobar, al contrario, que está diciendo la verdad. (Gómez Pavajeau. 2017, p. 275)

En lo relación con anterior Villamarín (2014, p. 89 y 116 y ss.) explica que la técnica de Farwell trata de someter a un sujeto a un encefalograma mediante sensores puestos en su cuero cabelludo para poder medir de forma no invasiva la respuesta de su cerebro a ciertos estímulos que se le presentan relacionados con el delito del que se le acusa o con el que se relaciona. El test detecta de forma objetiva lo que ha grabado el cerebro sobre los hechos, sin que afecte en lo más mínimo la honestidad o sinceridad del sujeto.

Los neurocientíficos, le apuestan que a través de esas técnicas se puede demostrar, entre otras cosas, lo siguiente:

- Se puede establecer si una persona dice la verdad o no, es decir, algo parecido al famoso detector de mentiras, solo que con técnicas neurocientíficas, en donde a la persona que se le examina, se le controlan las variaciones de los flujos sanguíneos en el cerebro.
- Se puede determinar y medir la intensidad o el nivel de dolor físico que una persona siente, es decir; estaríamos caminando por la senda de la objetivación del dolor (Junoy, 2013), toda vez que como bien sabemos, el dolor es un hecho fundamentalmente subjetivo.
- Para una gran parte de los neurocientíficos, la voluntad y por ende la libertad, no existen. Afirman que la voluntad es una manera de interpretar fenómenos que no son ni morales, ni jurídicos, ni psicológicos, sino problemas neuronales, porque todo tiene su génesis en el cerebro. La voluntad es una ilusión, una ficción, no existe, solo existen las descargas eléctricas neuronales.

Ahora bien, nos podríamos preguntar que relevancia tiene para el derecho que la neurociencia considere o afirme, que la voluntad es una ilusión, y que por ende no existe el libre albedrío, sino que estamos determinados por los impulsos cerebrales.

Si la neurociencia tiene razón en su afirmación, muy seguramente tendríamos que reescribir casi todo el derecho penal, toda vez que los conceptos básicos de esta rama del derecho tienen como base la voluntariedad de la conducta, y si ésta está determinada por el cerebro, no existiría culpa, y por ende tampoco responsabilidad.

Estamos hablando de la tesis del determinismo, en donde la voluntad está determinada por la actividad neuronal de una parte del cerebro. Así que no tendría sentido hablar de voluntariedad del comportamiento criminal, ni tampoco clasificar las conductas en voluntarias e involuntarias. (Taruffo, 2013)

De igual forma, puede ocurrir algo similar en el campo del derecho civil, no podríamos decir que el contrato está viciado porque faltaba la voluntad de una de las partes.

Sin lugar a dudas, la tesis del determinismo está fundada en experimentos científicos, como son los de Libet (Lagier, 2013), el cual llegó a demostrar que la decisión consciente de realizar cualquier movimiento, viene precedida de cierta actividad eléctrica en el cerebro, lo cual indica-

ba que es éste el que toma la decisión por su cuenta, antes de que fuéramos conscientes de ella.

Sin embargo, existen autores como Peter Strawson (1995), que han tratado de mostrar la imposibilidad de aceptar el determinismo a partir de la constatación, y de que ciertas actitudes espontáneas y naturales hacia las acciones de los demás (el resentimiento, el agradecimiento, el perdón, el enfado, etc.) que no tenemos cuando aceptamos que el sujeto no podía haber actuado de otro modo, están en la base de nuestras relaciones interpersonales y, en definitiva, de la vida social.

### **3 - TENSIONES ENTRE LAS PRUEBAS NEUROCIÉNTIFICAS Y LOS DERECHOS HUMANOS**

#### **3.1 - NEUROÉTICA**

Illes y Bird (2006, p. 511) plantean que “es una disciplina que alinea la exploración y el descubrimiento del conocimiento neurobiológico con los sistemas humanos de valores”. De igual forma, Gazzaniga (2006) aprecia que la neuroética «es o debería ser un intento de proponer una filosofía de la vida con un fundamento cerebral».

González (2017, p. 10) manifiesta que la neuroética es una disciplina joven. Suele situarse su nacimiento en un congreso celebrado en San Francisco en el año 2002 dedicado a las relaciones entre la ética y la neurociencia. En realidad la expresión neuroética sirve para dar cuenta de dos tipos de investigaciones, que es útil distinguir (Roskies, 2002: Bonete Perales, 2010: 64; Cortina, 2010: 131): la ética de la neurociencia, una parte de la bioética que trataría de establecer un marco ético para las investigaciones neurocientíficas y sus aplicaciones; y la neurociencia de la ética, el estudio de la conducta ética desde el punto de vista de las investigaciones sobre el cerebro. Por ejemplo, son problemas de la ética de la neurociencia los siguientes: si está justificado o no el uso de los descubrimientos neurocientíficos para la mejora de las capacidades mentales o sensoriales de los humanos (el llamado “transhumanismo”); en qué condiciones es legítimo el uso en los tribunales de pruebas basadas en técnicas neurocientíficas (como la prueba P300 o Brainfingerprinting, que permite determinar si el sujeto miente observando las variaciones en las ondas cerebrales ante ciertos estímulos); que valor en relación con la

atribución de responsabilidad hay que conceder a determinadas disfunciones cerebrales.

En otras palabras más sencillas, la *ética de la neurociencia* intenta desarrollar un marco ético para regular la conducta en la investigación neurocientífica y la valoración ética en la aplicación de este conocimiento en las personas. Dentro de este contexto podemos suponer y preguntarnos, ¿si en los procesos penales pueden admitirse medios probatorios provenientes de la práctica de técnicas de neuroimagen? o ¿si son éticamente correctas estas prácticas en seres humanos para determinar la culpabilidad?

Por otro lado, desde la de neurociencia de la ética es posible analizar cada etapa del proceso neuronal de toma de decisiones, es decir; hace referencia a la trascendencia del conocimiento neurocientífico en nuestra comprensión de la ética misma. Básicamente se encarga de desentrañar las bases cerebrales de la conducta humana con la pretensión de explicarla. Según González (2017, p. 11) nos podemos plantear como problemas los siguientes: la discusión general sobre el libre albedrío y su relación con la responsabilidad, la cuestión de si nuestra actividad cerebral en el momento de tomar decisiones morales apunta más al deontologismo, al consecuencialismo o a una ética de las virtudes (...).

### 3.2 - NEUROPRUEBAS VS DERECHOS HUMANOS

El objetivo primordial tanto del proceso como de la prueba es la consecución de la verdad, y sin querer profundizar en las disquisiciones epistemológicas y contemporáneas que giran en torno al concepto absoluto de ese fin, porque sin lugar a dudas no hace parte de este trabajo, si pretendemos dilucidar los aspectos que podríamos encontrar por el uso de las técnicas de neuroimágenes en personas que hacen parte de un proceso judicial, y como bien lo pudimos revelar anteriormente, queremos realizar un contraste entre la aplicación de esas neuropruebas y la posible afectación o vulneración de prerrogativas de raigambre constitucional.

Es decir, intentaremos evidenciar si para la consecución de esa verdad que debe ser el norte o el punto de meta de la administración de justicia, sería válido y admisible que se afectaran ciertos derechos fundamentales como la **dignidad de la persona, el debido proceso, el principio de no autoincriminación, el libre desarrollo de la personalidad, el consentimiento informado y la intimidad personal.**

En otras palabras, desde un campo *ético-jurídico* debemos plantearnos en qué medida estos avances científicos pueden colisionar

con los Derechos Fundamentales del ser humano, especialmente con aquellos arriba mencionados.

Otro tema de gran trascendencia es que, si la Neurociencia nos ofrece medios para determinar o correlacionar problemas de orden neurológicos con la perpetración de conductas punibles, se abriría un lógico desafío a explorar los posibles tratamientos o métodos neurológicos para erradicar las causas que conlleven al sujeto a realizar comportamientos tipificados como delitos. A partir de esta posibilidad cierta hoy día, podemos pensar si sería viable y constitucionalmente posible realizar métodos como la castración química para sujetos culpables o con tendencias a delitos sexuales.

Se podría analizar el ejemplo anterior desde dos extremos, el primero como tratamiento efectivo de una pena y el segundo como parte de una medida de seguridad. Ahora bien, regresamos a los interrogantes anteriores, sea una opción o la otra, y con base en los derechos humanos, ¿sería necesario la voluntad de la persona para materializar dichos tratamientos o basta con una orden judicial?

Desde ya se avizora, que desde una óptica garantista, se pretenderá buscar argumentos que tiendan a salvaguardar la dignidad e integridad de la persona en cada una de las circunstancias planteada anteriormente.

A continuación se tratará de decantar y analizar brevemente cada uno de los derechos constitucionales que entrarían en controversia o tensión frente a la práctica de esta clase de técnicas neurocientíficas.

#### **A. LA DIGNIDAD HUMANA:**

Es un derecho fundamental autónomo que equivale a un trato especial que toda persona por esa sola razón de ser se merece, es la prerrogativa de toda persona de exigir del resto de conciudadanos un trato acorde a su condición humana. Este derecho fundamental compromete el fundamento político del Estado y es de eficacia directa.

La jurisprudencia constitucional también se ha pronunciado en el siguiente sentido:

*La Corporación ha identificado tres lineamientos claros y diferenciados: (i) la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; (ii) la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral o, en otras palabras, que*

*los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación o tortura. Frente a la funcionalidad de la norma, este Tribunal ha puntualizado tres expresiones de la dignidad humana entendida como: (i) principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor; (ii) principio constitucional; y (iii) derecho fundamental autónomo. (Corte Constitucional, 2016)*

## **B. EL DEBIDO PROCESO:**

El artículo 29 de la constitución colombiana plantea que será nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso.

Se debe entender el debido proceso como un derecho fundamental, que podríamos definirlo como las garantías que buscan sujetar las actuaciones judiciales y administrativas a reglas sustanciales y adjetivas, con el fin primordial de salvaguardar los derechos e intereses de las personas y mantener un orden justo en la sociedad. Es decir, el debido proceso limita de manera previa los poderes del Estado y configura las prerrogativas para proteger los derechos de los conciudadanos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en sus artículos 10 y 11 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14, consagran el derecho al debido proceso legal al desarrollar los principios de igualdad, presunción de inocencia, legalidad, doble instancia, independencia e imparcialidad judicial.

A su vez, la Convención Americana de Derechos Humanos, contempla en los artículos 8 y 25 el derecho al debido proceso legal estableciendo las garantías judiciales propias de este derecho y los principios de la protección judicial.

En virtud de lo anterior la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el debido proceso como “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial”.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

*En cambio, el debido proceso probatorio atañe al conjunto de requisitos y formalidades previstas en la ley para la formación, validez y eficacia de la prueba, siendo que, entre los primeros, cuenta el respeto a las garantías fundamentales. Así que ésta debe sujetarse a los princi-*

*pios de ordenación, aducción, aportación, práctica y apreciación.*

*Así pues, la transgresión del debido proceso, por cuanto significa pretermitir un momento procesal expresamente requerido por la ley para la validez del que sigue, o la construcción de un acto procesal sin apego a las previsiones legales que lo regulan, conduce a la declaratoria de nulidad, conforme con disposición expresa del artículo 306-2 del Código de Procedimiento Penal.*

*(...) «Pues aquella —la prueba ilícita— es obtenida con vulneración de derechos esenciales del individuo, por ejemplo, de la dignidad humana por la utilización de tortura, constreñimiento ilegal, violación de la intimidad, quebranto del derecho a la no autoincriminación, etc., mientras que la otra, la prueba ilegal, es consecuencia del irrespeto trascendente de las reglas dispuestas por el legislador para su recaudo, aducción o aporte al proceso.*

*En uno u otro caso, las consecuencias jurídicas son diversas Invariablemente la prueba ilícita debe ser excluida del conjunto de medios de convicción obrantes en el proceso, sin que puedan exponerse argumentos de razón práctica, de justicia material, de gravedad de los hechos o de prevalencia de intereses sociales para descartar su evidente ilegitimidad.*

*Tratándose de la prueba ilegal, también llamada irregular, corresponde al funcionario realizar un juicio de ponderación, en orden a establecer si el requisito pretermitido es fundamental en cuanto comprometa el derecho al debido proceso, en el entendido de que la simple omisión de formalidades y previsiones legislativas insustanciales no conduce a su exclusión.» (Corte Suprema De Justicia, 2017)*

### **C. EL PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN:**

Se encuentra consagrado en el artículo 33 de la constitución nacional, así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966 en sus artículos 8 y 14, de igual forma, lo encontramos en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 en su artículo 8.

Este principio se concreta en la prohibición absoluta, a las autoridades públicas de forzar declaraciones de las personas en contra de su cónyuge, compañero permanente o familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, incluso ante la existencia de un



deber de denunciar las conductas punibles cuando el sujeto pasivo del delito sea un menor de edad y se afecte su vida, integridad personal, libertad física o libertad y formación sexual, pues es inconstitucional establecer sanciones u otras consecuencias adversas para quien se abstiene de declarar en contra de personas dentro de los grados de parentesco mencionados.

Dentro de un proceso penal, disciplinario, policivo y en general cualquier tipo de proceso de carácter sancionatorio, el silencio voluntario de la persona se constituye en un derecho fundamental que hace parte del debido proceso y por ende del derecho de defensa. Este silencio puede ser entendido en doble vía, la primera en relación con el derecho a no confesar y el segundo a que este silencio no sea usado en su contra.

En ese orden la Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

*La garantía constitucional a la no autoincriminación no se opone en ningún caso a la confesión como medio de prueba, siempre que ésta sea libre, es decir, sin que de manera alguna exista coacción que afecte la voluntad del confesante, requisito igualmente exigible en toda clase de procesos. La confesión, esto es la aceptación de hechos personales de los cuales pueda derivarse una consecuencia jurídica desfavorable, como medio de prueba no implica por sí misma una autoincriminación en procesos civiles, laborales o administrativos. De la misma manera, ese medio de prueba es admisible en el proceso penal, pero en todo caso, en ninguna clase de procesos puede ser compelida la persona a la aceptación de un hecho delictuoso, que es en lo que consiste la autoincriminación, que la Constitución repudia.*

*La confesión que se produzca en un proceso no vulnera el artículo 33 de la Constitución. Lo que constituye la violación constitucional es que el funcionario judicial obligue al demandado a declarar contra sí mismo o contra sus familiares más allegados. En consecuencia, la confesión provocada o espontánea, que se realice bajo los rigurosos parámetros legales, no implica, per se, la autoincriminación. (Corte Constitucional, 2005)*

#### **D. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD:**

En el artículo 16 de la Constitución Política está consagrada esta garantía constitucional, la cual está ligada con la dignidad humana y la autonomía individual de cada sujeto en particular, donde se reconoce el derecho de las personas a desarrollar su personalidad sin más limitaciones que los derechos de los demás y el orden jurídico previamente establecido. El

libre desarrollo de la personalidad garantiza y protege la elección libre y espontánea que realice un individuo en relación a su plan de vida.

*El derecho al libre desarrollo de la personalidad como una extensión de la autonomía indudablemente conlleva a la construcción de la identidad personal como la facultad de decidir quién se es como ser individual. Es decir, la posibilidad de autodefinirse desde la apariencia física, el modelo de vida que se quiere llevar hasta la identidad sexual o de género. Lo anterior incluye un amplio espectro de decisiones que abarcan desde la ropa que se lleva, el peinado, los aretes, adornos, tatuajes o su ausencia, el modelo de vida que se quiere llevar hasta la determinación del género como “las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y [e]l significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas” y el nombre. (Corte Constitucional, 2017)*

## **E. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO:**

De acuerdo a los artículos 16 y 20 de la constitución nacional, es una consecuencia lógica del derecho a la información y el derecho a la autonomía. Radica en ser informado de manera objetiva, idónea, clara y oportuna de aquellos procedimientos médicos que afecten en mayor o menor medida otros derechos fundamentales como la vida y la integridad personal.

El artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, Ley 74 de 1968, plantea que “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometidos a experimentos sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

El consentimiento informado está estrechamente vinculado con el libre desarrollo de la personalidad, en la dimensión de autonomía, a través del cual, se protege a la persona – paciente, para que exprese su voluntad, y elija sobre lo que va a tener incidencia en su cuerpo, es decir; con su integridad, vida y salud.

De igual forma, nuestro máximo órgano de cierre de la jurisdicción constitucional se ha pronunciado en múltiples sentencias manifestando que:

*La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que el consentimiento informado tiene un carácter de principio autónomo que, además, materializa otros principios constitucionales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual y el pluralismo. Aunado a ello, constituye una garantía para*

*la protección de los derechos a la salud y a la integridad personal.*

*La exigencia del consentimiento resulta de la consideración del individuo como un agente moral autónomo, capaz de decidir por sí mismo en los distintos ámbitos de la vida. Sólo él está en condiciones de adoptar decisiones relevantes a su propia salud, tales como si quiere o no tratamiento, asumir el riesgo de una intervención, perder un miembro u órgano, o incluso morir, pues conoce sus interés mejor que el Estado, que en tal contexto debe respetar y proteger la autonomía personal y no interferir en las acciones libres del sujeto. (Corte Constitucional, 2016)*

## **F. LA INTIMIDAD PERSONAL:**

Esta garantía fundamental está consagrada en el artículo 15 constitucional y en distintos instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 12, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 17.1 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 11.2.

El derecho fundamental a la intimidad supone la existencia y goce de una órbita reservada para cada persona, libre del poder de intervención del Estado o de la sociedad, que le permita a ella el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural. Esta garantía se manifiesta desde dos ángulos, la primera como secreto que impide la divulgación ilegítima de hechos o documentos privados y la segunda como libertad, que se realiza en el derecho de toda persona a tomar las decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada.

*La Corte en la sentencia T-696 de 1996, decisión reiterada en las sentencias T-169 de 2000 y T-1233 de 2001, ha indicado que el derecho a la intimidad es vulnerado por lo menos de las siguientes maneras: (i) La intromisión en la intimidad de la persona que sucede con el simple hecho de ingresar en el campo que ella se ha reservado. Es un aspecto meramente material, físico, objetivo, independiente de que lo encontrado en dicho interior sea publicado o de los efectos que tal intrusión acarree. Cabe en este análisis la forma en que el agente violador se introduce en la intimidad del titular del derecho y no tanto el éxito obtenido en la operación o el producto de la misma, que se encuentran en el terreno de la segunda forma de vulneración antes señalada. (ii) En la divulgación de hechos privados, en la cual incurre quien presenta al público una información cierta, veraz, pero no susceptible de ser compartida, es decir, perteneciente al círculo íntimo de cada*

*quien, siempre y cuando no se cuente con autorización para hacerlo bien de su titular, bien de autoridad competente. (iii) Finalmente, la presentación falsa de aparentes hechos íntimos no corresponde con la realidad.* (Corte Constitucional, 2014)

En tal sentido, nótese que las técnicas de neuroimágenes son instrumentos científicos capaces de registrar y evaluar la actividad cerebral del ser humano, permitiendo con ello la posibilidad de descubrir o tener mayor claridad acerca de la comisión de ciertos hechos delictuosos, se podría a través de estas técnicas, descubrir si un procesado mente o no en relación con la conducta punible que se le imputa, así como descubrir a través de ellas el lugar donde fue enterrado el cuerpo de una víctima, o conocer la tendencia sexual del sujeto frente a cierta clase de delitos, etcétera.

Las técnicas de neuroimágenes sin lugar a dudas pueden servir como prueba pericial dentro de un proceso judicial, con el fin de que el juez pueda soportar mucho mejor su decisión, pero de acuerdo a la normatividad existente, siguiendo los parámetros y la salvaguarda de los preceptos constitucionales mencionados anteriormente, y en virtud del control de convencionalidad, se requiere el consentimiento libre y consciente de quien se va a someter a dichos exámenes, con el fin de validar y otorgar licitud al método que se empleará.

Manifiesta Villamarín (2014, p. 106) que en Francia las técnicas de imagen cerebral pueden ser utilizadas con fines médicos, de investigación científica y en el marco de pruebas judiciales, con tal de que, según el artículo 45 de la Ley 814 de Bioética de julio 7 de 2011, siempre y cuando se recabe “por escrito el consentimiento expreso de la persona que va a ser sometida a examen, después de habersele informado su naturaleza y finalidad. El consentimiento ha de mencionar la finalidad del examen. Es revocable sin que se exija ningún requisito especial de forma y en todo momento.”

La clave de la admisibilidad de este tipo de medios probatorios se debe centrar entonces en que la técnica haya sido empleada al sujeto de manera consciente, libre, voluntaria e informada, sólo bajo esos preceptos podríamos concluir que no estaríamos hablando de una vulneración a la dignidad humana y al debido proceso constitucional.

De igual forma, otro punto que se podría traer a colación dentro de este trabajo es lo atinente a la valoración de las pruebas científicas, y sin querer ahondar mucho en este punto que es del resorte de otra investigación, se puede decir que “el juez está llamado a convertirse en custodio del método científico, a los fines de distinguir entre buena y mala ciencia, es decir, debe ocupar la posición de garante de la admisibilidad de las pruebas

científicas desde la perspectiva metodológica, procurando siempre determinar la fiabilidad de las pruebas, sean estas científicas o no”. (Luna, p. 133)

A su vez, también debemos hacer claridad en que la negativa de un procesado de no querer practicarse dichos test neurocientíficos, no puede conllevar dentro de un proceso judicial a que el juez producto de esa conducta, deduzca indicios en contra de él, toda vez que como bien ya hemos planteado, la decisión de someterse a las pruebas neurocientíficas debe ser totalmente libre y consciente; fíjese que el literal c del artículo 8 de la Ley 906 de 2004, consagra el derecho del procesado a que no se utilice el silencio en su contra, además que como bien lo hemos esbozado anteriormente, este precepto legal hace parte integrante del principio de no autoincriminación, y por ende si la parte acusada dentro de su derecho de defensa desea guardar silencio, estaría contra derecho concluir preceptos negativos por tal conducta.

#### 4 - CONCLUSIONES

Las neurociencias son ciencias experimentales que intentan explicar cómo funciona el cerebro, sobre todo el humano, y dieron un paso prodigioso al descubrir que las distintas áreas del cerebro se han especializado en diversas funciones y que a la vez existe entre ellas un vínculo. Las técnicas de neuroimagen, tanto la resonancia magnética estructural como la funcional, permiten descubrir no sólo la localización de distintas actividades del cerebro, sino también las actividades mismas, el «cerebro en acción», y son justamente estas técnicas las que han promovido un extraordinario avance de las neurociencias. (Cortina. 2010, p. 130)

De igual forma las aportaciones de la Neurociencia son imprescindibles para entender los mecanismos psicofísicos que posibilitan la propia eficacia regulativa de conductas del Derecho. La explicación del funcionamiento de los procesos neurológicos es fundamental para entender el funcionamiento del Derecho Penal como sistema llamado a incidir en la conducta de los ciudadanos a través de la sanción. De este modo, la necesidad de disponer de la «clave neurológica» se explica en su idoneidad para comprender el funcionamiento del derecho penal, para mejorar sus instrumentos y para fundamentar racionalmente sus elementos conceptuales y fines. (Ruiz. 2015, p. 1273)

El derecho no puede estar en contravía ni estar rezagado a los cambios sociales, tecnológicos o científicos, es vital que cada uno de los

sujetos que interviene en la administración de justicia esté en sintonía con ellos, si es desde la óptica de las partes en un proceso judicial deben relacionarse y comprender la utilidad de estas técnicas neurocientíficas con el fin de que puedan servir de medio probatorio, ya sea para buscar la absolución o la culpabilidad de una persona. Desde el otro extremo es importante el correcto uso y valoración que debe existir por parte de los jueces en relación con esta clase de pruebas, sobre todo a la hora de poder decretarlas o admitirlas dentro del acervo probatorio, siempre teniendo de presente que a pesar de que su misión es propender por que el proceso conlleve a una verdad que resuelva el conflicto, es vital no perder el norte de que cada una de estas técnicas de neuroimagen no pueden estar en contraposición a un debido proceso y a la dignidad e integridad humana, es crucial que los jueces admitan esta clase de pruebas pero dentro del marco de la protección de los derechos fundamentales.

## BIBLIOGRAFÍA

Cortina, A. (2010). Neuroética: ¿Las bases cerebrales de una ética universal con relevancia política? ISEGORÍA, No. 42. ISSN: 1130-2097.

Gazzaniga, M. S. (2006). El cerebro ético, Ed. Paidós, Barcelona.

Gómez Pavajeau, C. (2017). Neurociencias y Derecho. Editorial Nueva Jurídica, Colombia.

Gonzales, D. (2015). “Neuropruebas” y filosofía, Jueces para la Democracia. Información y Debate, 2015, 84: 67-83. Repositorio Institucional de la Universidad de Alicante, España.

----- (2017). A la sombra de Hume. Un balance crítico del intento de la Neuroética de fundamentar la moral. Editorial Marcial Pons.

----- (2018). Tres retos de la neurociencia para el Derecho penal. Anuario de Filosofía del Derecho. 2018, 34: 43-72. Repositorio Institucional de la Universidad de Alicante, España.

La Asociación Británica de Neurociencias. (2003). *Neurociencias la ciencia del cerebro: una introducción para jóvenes estudiantes*. Recuperado de <https://es.sli->

deshare.net/alehlizarraga/neurociencias-15560160

Lenin, V. I. (1948). *Materialismo y empiriocriticismo*. Ediciones Pueblos Unidos, Montevideo.

Luna, F. (2018). El mito del cientificismo en la valoración de la prueba científica. *JURÍDICAS CUC*, vol. 14, no. 1, pp. 119-144. DOI: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.14.1.2018.6>

Mora, F. & Sanguinetti, A. (2004). *Diccionario de neurociencia*, Alianza Editorial, Madrid.

Villamarín López, M. (2014). *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal. El uso del escáner cerebral (FMRI) y del brainfingerprinting (P300)*. Edi. Marcial Pons. Madrid.

Picó I Junoy, J. (2013). *La prueba del dolor. Neurociencia y proceso judicial*. Edi. Marcial Pons. Madrid.

P. Strawson, "Libertad y resentimiento", Ed. Paidós, 1995.

Rocha, C. (2013). *Derecho y Neurociencias*. Bogotá, Colombia: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Rooskies, A.L. (2002). Neuroethics for the new millennium. *Neuron* 35 (1): 21-23.

Ruiz Martínez-Cañavate, M. (2015) *Neurociencia, Derecho Y Derechos Humanos*. UNED. *Revista de Derecho UNED*, núm. 17.

Sanguinetti, J. (2014). *Neurociencia y filosofía del hombre*, Madrid, Ediciones Palabra.

Sentencia T-970 de 2014. Corte Constitucional.

Sentencia C-881 de 2014. Corte Constitucional.

Sentencia C-102 de 2005. Corte Constitucional.

Sentencia T-303 de 2016. Corte Constitucional.

Sentencia T-291 de 2016. Corte Constitucional.

Sentencia T-413 de 2017. Corte Constitucional.

Sentencia AP2399-2017. Corte Suprema De Justicia Sala De Casación Penal. Magistrado Ponente José Francisco Acuña Vizcaya. Radicación N° 48965 (Aprobado Acta N° 102. Abril 5/2017). Bogotá, D. C., 18 de abril de 2017.

Taruffo, M. (2013). “Proceso y neurociencia”, en M. Taruffo y J. Nieva (Dirs.), *Neurociencia y proceso judicial*, Ed. Marcial Pons.

ILLES, J. y BIRD, S. J. (2006) A Modern Context for Ethics in Neuroscience, *Trends in Neuroscience* No. 29.





## RELATÓRIO DO PAINEL JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E OS LITÍGIOS ESTRUTURAIS

MAURÍCIO MARTINS REIS<sup>1</sup>

A relatoria do Painel X do IV Congresso Mundial de Justiça Constitucional, realizado no dia 30 de agosto de 2019, contempla sucinatamente a descrição dos temas abordados em cada uma das quatro exposições relativas ao eixo “Justiça constitucional e processos estruturais”. Como leciona Paulo Bonavides, jurista brasileiro homenageado no presente evento – realizado na cidade de Porto Alegre (Rio Grande do Sul, Brasil) sob a responsabilidade da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP-RS) –, a justiça constitucional representa “o campo de batalha da Lei Fundamental” (*Jurisdição Constitucional e Legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*). In Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 7, 2003, p. 78, texto disponível em <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/761386.pdf>, acesso em agosto de 2019). Nesse sentido, os denominados processos estruturais corporificam com exemplaridade o testemunho dessa dialética constitucional combativa nas últimas décadas em vários países da América Latina, a partir dos quais os direitos fundamentais resultam paulatinamente reconhecidos, exigidos e aplicados com cada vez maior ênfase e abrangência.

Podemos dizer que o conjunto das palestras do Painel apresentou-se como um articulado coerente de ideias, desdobrado em três principais perspectivas: a noção histórica (a cargo de Daniel Mitidiero), a noção conceitual (sob a responsabilidade de Mariela Puga) e as interfaces concretas (pelo viés de Felipe Paredes e de Vicente Fernández). Assim, passamos a minutar abaixo as respectivas apresentações na ordem com que foram efetuadas naquela oportunidade.

1. A exposição da Professora Mariela Puga, intitulada “El concepto de litigio estructural y los límites de la adjudicación judicial” mostrou um pouco a diversidade que existe em relação à multiplicidade

---

1 Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Professor do curso de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Professor do Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC). E-mail: mauriciomreis@terra.com.br.

de litígios que surgem nas últimas duas décadas, litígios que abordam causas impactantes de direito ambiental, conflitos de natureza extraordinária, envolvendo problemáticas urbanas, conflitos que se relacionam com práticas ou situações de discriminação de minorias (raciais, sexuais, étnicas), conflitos que dizem respeito às políticas públicas distributivas (por exemplo, ao envolverem a saúde), conflitos que tem a ver com a reestruturação de instituições públicas e inclusive conflitos que começam individuais (bipolares) e depois se transformam em conflitos estruturais em outras instâncias (exemplificado com o caso da violência doméstica no Brasil: o precedente “Maria da Penha” que depois comparece na esfera do direito interamericano). A reflexão acadêmica, nos diz a autora, requer a precisão conceitual para um tema com essa magnitude: o que são litígios estruturais? Há correlativamente uma resignificação sobre o papel da jurisdição e do próprio Direito com respeito a tal temática. Em geral, dizemos que são litígios complexos, estratégicos, coletivos, sociais, de interesse público. São diversas, por conseguinte, as definições sobre os denominados litígios estruturais para abarcar a riqueza teórica em comento. A palestrante sistematiza quatro enfoques principais: sociojurídico, político, processual e decisório. O primeiro enfoque pode ser qualificado de empírico ou observacional a partir das repercussões de impacto surgidas com a intervenção judicial de iniciativas que comparecem em juízo (mediante o exercício da ação pelos interessados), analisando os efeitos e as transformações sociais promovidas pelas demandas com tamanha complexidade. Aqui os conflitos estruturais podem ser interpretados como litígios de reforma estrutural, em virtude de o respectivo enfoque se debruçar sobre as consequências práticas e concretas implementadas pela atuação jurisdicional. Citou-se um exemplo no direito argentino (caso Mendoza, de contaminação), um conflito urbano-ambiental com repercussões significativas para a comunidade afetada. O enfoque jurídico-político, por sua vez, recai sobre a função política da intervenção jurisdicional. O viés se dedica a investigar os problemas da judicialização da política e os limites do ativismo judicial, quando os litígios estruturais incluem (pela via dialógica do processo jurisdicional) os direitos que resultam excluídos da agenda política convencional. O enfoque mais difundido é o enfoque processual, aquele que é objeto de uma análise mais detida pela doutrina. Pergunta-se aqui pelo tipo de litígio (tipo específico de ação judicial enquanto procedimento e forma diferenciados diante da natureza dos direitos colocados em causa) enfrentado em juízo e as peculiaridades envolvidas (audiências públicas, necessidade

probatória, os problemas de execução de sentença etc.). Por fim, o enfoque pela teoria da decisão judicial ou do caso recai na maneira como será considerada, tratada e decidida a controvérsia em disputa com esse quilate complexo-estrutural. Nesse sentido, convém distinguir os conflitos policêntricos dos bipolares. Um conflito pode ser identificado apenas com respeito aos interesses imediatos vislumbrados na lide (como exemplo, uma violência policial identificada apenas na situação sob exame) ou tomando a realidade concreta existencial como um exemplo de práticas sistemáticas de problemas conjunturais a serem igualmente enfrentados pela justiça. A ideia de conflitos policêntricos é oriunda da doutrina norte-americana (década de 1970), que cria uma metáfora distintiva entre eles e os litígios usuais a partir da imagem da teia de aranha e da ponte. A teia de aranha (para os litígios policêntricos) implica a ideia de múltiplas relações conectadas entre si; interferir em determinada relação importa na modificação sistêmica do todo (em maior ou menor medida). Muitas vezes decidir um caso individual pode acarretar múltiplas consequências mal previstas sob a usual visão de que se trata apenas de uma ponte unidirecional entre autor e réu naquela concreta relação processual. A palestrante usa como exemplo uma situação individual da situação carcerária precária de certo país, a qual normalmente se apresenta de uma maneira mais ampla como relacionada à precariedade estrutural do sistema como um todo. A imagem da ponte, por sua vez, também enfatiza a subordinação das partes individuais à estrutura que as conecta às outras reivindicações pertinentes. Propõe-se aqui que imaginemos a estrutura de conexão como se fosse a estrutura de uma ponte. Somente a partir dessa ideia global da ponte como um todo (em sua estrutura de possibilidade), a resposta à relevância ou não da reivindicação individual pode surgir. E essa afirmação individual só faz sentido, na medida em que é apresentada como a afirmação sustentada daquela noção integral.

2. Os procedimentos adotados pelos órgãos componentes do sistema interamericano de direitos humanos, a saber, a Comissão e a Corte de Direitos Humanos, foram analisados pelo Professor Vicente Fernández com o objetivo de investigar na prática a missão de tutela, promoção e garantia daqueles direitos no concernente âmbito territorial de eficácia. Conforme a análise empreendida, de natureza empírico-estatística a partir das incidências históricas coletadas em números, o modelo atualmente em vigor é qualificado de ineficiente por dois motivos: pelo tempo excessivo até que se ultimem as resoluções provenientes dos dois órgãos, além da ausência e insuficiência de exigibilidade coativa (obrigatorieda-

de) quanto ao cumprimento das decisões e determinações da Comissão e da Corte, com ênfase para a ineficácia (parcial e total) das sentenças do Tribunal. A apresentação finalizou com a sugestão de proposta para uma alternativa de modelo procedimental, de modo a responder aos dois problemas indicados contra o sistema vigente, ou seja, com vistas a contemplar uma realidade célere e eficiente. Para tanto, o palestrante enfatizou o respeito ao cumprimento de prazos razoáveis, bem como a busca pela exequibilidade prática das determinações de toda ordem da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3. A abordagem comparativa do direito de propriedade – a partir das demandas dos povos indígenas – entre o direito interno aplicado (Chile) e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi escolhida pelo Professor Felipe Paredes para concretamente ilustrar, sob a ótica da complexidade, os denominados processos estruturais. Trata-se de indagar pela tutela de proteção e de reparação da sua integridade territorial. Com base nesse juízo de correlação jurisprudencial, ao apontar inclusive para certas discrepâncias de critérios interpretativos entre os tribunais, o autor sugere a viabilização de um exercício hermenêutico de construção dialética, ao refletir acerca das possibilidades e implicações de uma atitude epistemológica de diálogo entre diferentes compreensões argumentativas. O objetivo indicado pelo palestrante vislumbra a solução razoavelmente justa – sob o empenho dos direitos humanos-fundamentais – de problemas que envolvam a reparação de injustiças crônicas e profundas (estruturais) no domínio latino-americano. Recomenda-se então considerar em alguma medida como um norte interpretativo os fundamentos pertinentes esposados através do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Para tanto, o autor formula algumas indicações de como isso poderá ser feito, por exemplo, mediante a adoção da tese em prol da unidade sistêmica entre direito internacional e direito interno, cujo acatamento, em nome do princípio da hierarquia e especialmente no âmbito de um conflito no qual os direitos humanos em disputa são mais ou menos atendidos, faz preponderar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos ante o conjunto de decisões das cortes internas de um país.

4. O professor Daniel Mitidiero aponta a confluência histórica entre o Direito continental e o da *common law* na raiz comum da República brasileira e da tradição latino-americana. Identifica três grandes marcas da *common law* e as repercussões no direito brasileiro, inclusive para a compreensão do processo estrutural. Em primeiro lugar, a distin-

ção entre *common law* e *equity*; num segundo momento, acentuar o problema da *judicial review* e do controle difuso (da unidade da jurisdição) e de que maneira, mediante o processo, conseguimos implementar o império do Direito; por fim, de que modo esse desenho histórico-institucional acabou se traduzindo na realidade concreta do julgamento de casos do cotidiano forense na *common law* do século XX. A tradição da *common law* pode ser explicada a partir do papel que as quatro grandes cortes centrais de Westminster desenvolveram ao longo da história, desde o final do século XII (corte do rei, *King's bench*), até o modelo da corte de *equity* (chancelaria). Enquanto a *common law* era um sistema acabado na sua feição clássica, a corte do chanceler não atuava mediante formas previamente determinadas na legislação, senão a partir de ordens, *injunctions*, para solucionar os casos com um notável tom de maleabilidade casuística. Essa fusão entre *common law* e *equity* aconteceu na Inglaterra no século XIX, sendo que nos EUA isso ocorreu por razões pragmáticas (século XVIII-XIX) a partir da definição das competências entre o judiciário estadual e o judiciário federal. Com o julgamento de *Marbury vs Madison* (1803), resgata-se nos EUA o paradigma inglês do precedente *Bonham's case* (1610, Sir Edward Coke), sinalizando os limites contra o arbítrio do poder estatal. O poder do rei se submete à *common law*, como professava Coke. Os atos do parlamento devem ser contrastados pelos parâmetros constitucionais. O *judicial review* implica no controle dos atos do Estado pela via da jurisdição una. É tipicamente tarefa do Poder Judiciário dizer aquilo que o Direito é; o Direito, pois, sobrepõe a conformação legislativa. A perspectiva é da pessoa frente ao Estado, competindo a este concretizar direitos fundamentais em benefício da cidadania e do bem comum. Por isso o autor resgata o precedente de 1954 que exemplifica perfeitamente o denominado processo estrutural, o caso *Brown vs Board of Education*. Daí a gramática dos *civil rights* passa a ser definida sistematicamente pelas cortes constitucionais a partir do século XX. O ambiente propício para o controle do Estado na *common law* redundou desse cenário. No Brasil, por sua vez, a Constituição de 1891 inaugura o *judicial review*, ao submeter os poderes ao juízo de legalidade e constitucionalidade pela interpretação dos tribunais. Em 1893 Rui Barbosa publica um arrazoado, "Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a justiça federal", para defender um Poder Judiciário ativo e guardião das leis e da Constituição. O caminho escolhido pelo Brasil foi o dos *writs* constitucionais (*habeas corpus*, mandado de segurança, dentre outros). Isso deu azo à criação de instrumentos específicos para controle do poder

do Estado (1985, Lei da Ação Civil Pública e 1990, Código de Defesa do Consumidor). Além disso, em 1994, produziu-se uma reforma importante no processo civil brasileiro para propiciar meios abertos e específicos de realização da tutela específica dos direitos, de modo a construir soluções razoáveis pormenorizadas aos reais contornos de cada situação submetida a juízo. Percebe-se nessa maleabilidade casuística a herança da *equity*, na construção de normas abertas que permitem a adaptação do processo às exigências do direito material, seja ele qual for (direito público, privado, demandas constitucionais e ordinárias). É nesse ambiente que surgem demandas emblemáticas, como os processos estruturais.







**DIALÉTICA**  
EDITORA

Este livro foi impresso sob demanda, sem estoques. A tecnologia  
POD (Print on Demand) utiliza os recursos naturais de forma  
racional e inteligente, contribuindo para a preservação da natureza.

"Rico é aquele que sabe ter o suficiente"  
(Lao Tze)