

**HANDEL MARTINS DIAS**  
Organizador

# Estudos de Direito Constitucional Judicial



**Porto Alegre**  
**2019**



**Estudos de Direito  
Constitucional Judicial**

**HANDEL MARTINS DIAS**  
Organizador



**CONSELHO ADMINISTRATIVO**

David Medina da Silva – Presidente

Cesar Luis de Araújo Faccioli – Vice-Presidente

Fábio Roque Sbardellotto – Secretário

Alexandre Lipp João – Representante do Corpo Docente

**DIREÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO**

Fábio Roque Sbardellotto

**COORDENADOR DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Luis Augusto Stumpf Luz

**CONSELHO EDITORIAL**

Anizio Pires Gavião Filho

Fábio Roque Sbardellotto

Guilherme Tanger Jardim

Luis Augusto Stumpf Luz

# Estudos de Direito Constitucional Judicial



**Porto Alegre**  
2019



© FMP 2019

CAPA: Marcelo Mariante de Queiroz

DIAGRAMAÇÃO: Liquidbook | tecnologias para publicação

REVISÃO DE TEXTO: Liquidbook | tecnologias para publicação

EDITOR: Rafael Martins Trombetta | Liquidbook

RESPONSABILIDADE TÉCNICA Patricia B. Moura Santos

Fundação Escola Superior do Ministério Público

Inscrição Estadual: Isento

Rua Cel. Genuíno, 421 – 6º, 7º, 8º e 12º andares

Porto Alegre – RS – CEP 90010-350

Fone/Fax (51) 3027-6565

E-mail: fmp@fmp.com.br

Website: www.fmp.edu.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
CIP-Brasil. Catalogação na fonte

---

S471 Estudos de direito constitucional judicial  
[recurso eletrônico] / Handel Martins Dias,  
organizador. – Dados eletrônicos – Porto Alegre:  
FMP, 2019.  
242 p.

Modo de acesso: <<https://www.fmp.edu.br/publicacoes/>>  
ISBN 978-85-69568-14-8

1. Direito. 2. Direito Constitucional. 3. Direitos Fundamentais.  
I. Dias, Handel Martins. II. Título.

CDU: 342:7

---

Bibliotecária Responsável: Patricia B. Moura Santos – CRB 10/1914

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

## Prefácio

Cuando el Dr. Handel Martins Dias se comunicó conmigo para invitarme a escribir el exordio de un e-book (para libre acceso en plataformas digitales) que sería editado en Brasil, el cual reuniría algunas de las ponencias presentadas en el II Congreso Mundial de Justicia Constitucional<sup>1</sup> y cuyo título sería “*Derecho Constitucional Judicial*”, acepté rápidamente y con muchísimo agrado, pues además de sentirme muy honrado por dicho convite, existían otros motivos muy importantes que me gustaría detallar.

En primer término porque soy fiel testigo, luego de tantos años de amistad y de intercambios académicos con el Dr. Martins Dias, de su seriedad y de su profesionalidad para llevar a cabo todos sus proyectos jurídicos; de hecho, en aludido Congreso el equipo ganador del concurso de estudiantes fue el grupo de cursantes que el mismo había ayudado y apoyado para su participación.

En segundo lugar, los autores que tan meticulosamente ha seleccionado el organizador para la confección del libro del Congreso, son grandes académicos, cada uno de ellos con una destacadísima labor tanto en su respectivos países como en el ámbito internacional, tales como: El Dr. Eduardo Andrés Velandía Canosa como Presidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, el Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto en su rol de Presidente de la Asociación Brasileña de Justicia Constitucional, los destacados profesores de Italia, Dr. Ricardo Perona, Director del Instituto Jurídico Internacional de Turín; el Dr. Roberto Romboli, Catedrático de la Universidad de Pisa, y el Dr. Pablo Darío Villalba Bernié, Presidente de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional.

Y por último, por lo atrapante y basal que resulta ser en la ciencia jurídica el tema “*Derecho Constitucional Judicial*”, fundamental por formar parte de una rama del derecho constitucional,

---

<sup>1</sup> Desarrollado entre los días 25 y 26 de agosto de 2015 en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, co-organizado entre la Asociación Mundial de Justicia Constitucional y la Asociación Argentina de Justicia Constitucional.

que juega las veces de cierre en las diferentes ramificaciones que lo circundan, y hace además que la justicia constitucional tenga un punto de apoyo, para desarrollarse y construir canales o caminos de investigación.

Por lo tanto, a la Justicia Constitucional la debemos tomar en forma *aggiornada*, y como disciplina de enseñanza del Derecho Constitucional Judicial, donde desarrolla todo lo referente a la justicia y la Constitución. Con esta denominación el profesor de Brasil Ivo Dantas,<sup>2</sup> luego de separar las disciplinas del Derecho Constitucional Procesal y del Derecho Procesal Constitucional, incorpora una tercera disciplina llamada Derecho Constitucional Judicial a través del cual se estudia el Poder Judicial, el Ministerio Público y la abogacía, en forma conjunta y orgánica.

Me parece sumamente interesante tomar al Derecho Constitucional Judicial como materia de estudio en las universidades y en los diferentes órganos del Estado, pues reviste una autonomía propia y particular, donde se proponen estudiar el rol del Poder Judicial como custodio de la defensa de los derechos constitucionales e internacionales. También como un verdadero Poder del Estado, donde se desarrollen las funciones específicas del Poder Judicial emanadas de la Constitución Nacional, para el control de las actuaciones de los otros poderes del Estado.

En el Derecho Constitucional Judicial dichas funciones de los jueces, se acrecientan en los sistemas de control de constitucionalidad difuso, pues todos los jueces -sin distinción de materia- son:

- *Jueces Ordinarios*: resuelven los conflictos planteados por las partes involucradas en el juicio.
- *Jueces Constitucionales*: Tienen la obligación constitucional, por ser de orden público, de controlar la constitucionalidad de todas las normas que son necesarias para resolver el litigio.
- *Jueces Internacionales*: Atento que la mayoría de los países occidentales, luego de producidas las respectivas reformas constitucionales, deben velar por el cumplimiento de los Tratados Internacionales que el Estado se

obliga a cumplir, pues como lo señalara el artículo 27 de la Convención de Viena, una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado. A su vez, dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en forma pretoriana ha creado el Control de Convencionalidad, como resguardo de los principios y derechos regulados en la mencionada convención.

En muchas ocasiones, una herramienta muy útil entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, es la denominada "Lid Constitucional"<sup>3</sup>, donde se busca la armonización por sobre la desafectación, expulsión o nulidad, en aras de la protección irrestricta de los derechos humanos.

- *Juez de Integración*: Además de todo lo señalado, dentro del Derecho de Integración tenemos la obligación de los jueces de velar por los Tratados de Integración regional que suscriben y se obligan los países signatarios, a través del control de integracionalidad<sup>4</sup>.

En los sistemas de Control de Constitucionalidad concentrado, semi-concentrado o mixto, no se sigue el esquema descrito precedentemente, atento que todo ello no se encuentra en manos de todos los jueces sino en un órgano especial creado a tales efectos, que puede ser a través de un Tribunal o Corte Constitucional en los sistemas concentrados, o en una Sala Especial dentro de la Corte Suprema de Justicia en los sistemas mixtos, donde se toman en forma originaria o directa las cuestiones constitucionales.

Luego de la mitad del siglo pasado se produjo una mixtura en los sistemas concentrados o mixtos, producto de la incorporación al derecho interno del derecho internacional, donde provocó la obligatoria aplicación del sistema difuso y *ex officio* cuando estamos frente a los Tratados Internacionales, especialmente a

2 DANTAS, Ivo (2003). "Introdução ao Direito Processual Constitucional", Juruá editora, Curitiba, Brasil.

3 MARANIELLO, Patricio: "Lid Constitucional", <http://aajc.com.ar/home/la-lid-constitucional-patricio-maraniello/>

4 MARANIELLO, Patricio: "Control de Integracionalidad", <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=147&idediccion=754>

los Tratados Internacionales de los Derechos Humanos. Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Cabrerá" donde los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, siempre en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, en su carácter de intérprete última de la Convención Americana<sup>5</sup>.

Dicho ello, vemos que la Justicia Constitucional ha tomado diferentes características, ampliándose y transformándose en formatos muy distintos a los conocidos, producto del advenimiento especialmente de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que han dado una nueva visión y profundidad al Derecho Constitucional Judicial.

Finalmente, seguramente este libro será un punto de inicio para que los académicos de América desarrollemos con mayor profundidad el Derecho Constitucional Judicial, pues de ello dependerá por un lado, una intensa tarea en el control de las actividades de los poderes del Estado para evitar de ese modo las arbitrariedades e ilegalidades y, por otro lado, una mejor defensa de los Derechos Humanos, que es justamente el más preciado tesoro que todos debemos resguardar.

Buenos Aires 02 de enero de 2019.

Patricio Maraniello<sup>6</sup>

5 Corte IDH, caso: "Cabrerá García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas", del sentencia de 26 de noviembre de 2010.

6 Presidente de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Juez Federal Civil y Comercial de la ciudad de Buenos Aires. Catedrático de Derecho Constitucional y Teoría del Estado en la Universidad de Belgrano y Maimonides. Director del Posgrado Intensivo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de la Maestría en Justicia Constitucional y Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia (Italia).

## Apresentação

Em 2015, entre os dias 25 e 26 de agosto, foi realizado em Buenos Aires o II Congresso Mundial de Justiça Constitucional, organizado pela Associação Argentina de Justicia Constitucional. A segunda edição do principal evento da Associação Mundial de Justiça Constitucional teve como tema central o Direito Constitucional Judicial, assunto candente na contemporaneidade. Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho, o Direito Constitucional Judicial trata das regras e princípios que regulam a posição jurídico-constitucional, as tarefas, o *status* dos magistrados, as competências e organização dos tribunais. Como sustentou o professor Patricio Maraniello, presidente da Associação Argentina de Justicia Constitucional, há que se retornar à noção de Justiça Constitucional, porque os juízes devem realizar a sua função de modo amplo e atualizado, observando a Constituição e os tratados internacionais, especialmente de Direitos Humanos. "Es por ello que debemos tomar a la Justicia Constitucional para América en forma aggiornada, y como disciplina de enseñanza al Derecho Constitucional Judicial donde se desarrolle todo lo referente a la justicia y la constitución".

Esta obra coletiva visa a recuperar e difundir algumas das valiosas pesquisas apresentadas no II Congresso Mundial de Justiça Constitucional. O professor Antonio Celso Baeta Minhoto, presidente da Associação Brasileira de Justiça Constitucional, analisa os dez anos de vivência da Emenda Constitucional nº 45, rotulada no País de Emenda de Reforma do Judiciário. Minhoto destaca o papel do juiz na sociedade e os critérios de promoção na carreira hoje observados, notadamente produtividade e presteza, decorrentes da aplicação de princípios econômicos à atividade jurisdicional. Já o professor Eduardo Andrés Velandia Canosa, presidente da Associação Mundial de Justiça Constitucional, trata da Justiça Constitucional na Colômbia. Entre outras proposições, defende a implementação de um modelo multi-dimensional de Justiça Constitucional, a edição de um Código

Processual Constitucional, bem como a consecução das garantias da oralidade e celeridade no âmbito da Justiça Constitucional. Já este apresentador aborda os recursos de gênero extraordinário no direito processual brasileiro, cuja competência para julgamento toca às duas principais cortes do País. Além de uma retrospectiva, expõe as perspectivas com o novo Código de Processo Civil no Brasil.

O professor venezuelano Luis Alberto Petit Guerra centrou a sua pesquisa em um tema crucial na contemporaneidade: a dificuldade de se identificar a *ratio decidendi* na jurisdição constitucional. Esposa Petit Guerra o valor do precedente deve estar assinalado na própria *ratio decidendi*, referindo-se, de forma expressa na redação da decisão, que determinado matéria constitui uma emanção do poder vinculante do foro constitucional. Por sua vez, o professor Pablo Darío Villalba Bernié apresenta investigação sobre as obrigações dos Estados em torno do devido processo legal ao ser parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Pontifica o presidente da Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional que os ajustes de convencionalidade devem ser realizados na determinação do devido processo legal, sob pena de se violarem garantias mínimas, assim como direitos humanos.

O já citado professor Patricio Maraniello aborda a Justiça Constitucional *aggiornada* e o Direito Constitucional Judicial na América. Esposa o presidente da Asociación Argentina de Justicia Constitucional um modelo de Justiça Constitucional multidimensional, um novo papel dos juízes relativamente ao ativismo judicial, os novos conflitos constitucionais por meio da lide constitucional e a ação por parte dos cidadãos em proteção da norma jurídica através do habeas norma. De outra parte, Ricardo Perona cuida da estrutura e do funcionamento do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, especialmente a coexistência entre os dois sistemas supranacionais. Dessa análise, constatou o professor italiano a necessidade de reconstrução da doutrina em virtude da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia que negou adesão da União Europeia à Corte Europeia de Direitos

Humanos. Finalmente, o professor Roberto Romboli, da Universidade de Pisa, trata da proteção dos direitos fundamentais pela via incidental na Itália, considerando as reformas realizadas na Espanha e França.

Uma excelente leitura a todos!

Porto Alegre, novembro de 2018.

Prof. Dr. Handel Martins Dias  
Organizador.



# SUMÁRIO

## Sumário

UMA DÉCADA DA EMENDA 45: AJUSTANDO O FOCO SOBRE AS MUDANÇAS DO PODER JUDICIÁRIO NESTES DEZ ANOS E OS POSSÍVEIS GANHOS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE	
<b>Antonio Celso Baeta Minhoto</b> .....	<b>17</b>
LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA	
<b>Eduardo Andrés Velandia Canosa</b> .....	<b>43</b>
EL RECURSO EXTRAORDINARIO EN EL DERECHO PROCESAL BRASILEÑO: PRESENTE Y PERSPECTIVAS CON LA PROMULGACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL	
<b>Handel Martins Dias</b> .....	<b>79</b>
LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES FRENTE A LAS CONFUSIONES DE LOS OBITER DICTUM Y LA RATIO DECIDENDI CON RESPECTO A SU VINCULATORIEDAD	
<b>Luis Alberto Petit Guerra</b> .....	<b>125</b>
DEBIDO PROCESO Y DEMOCRACIA. AJUSTES DE CONVENCIONALIDAD	
<b>Pablo Darío Villalba Bernié</b> .....	<b>153</b>
LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL AGGIORNADA Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL JUDICIAL EN AMÉRICA	
<b>Patricio Maraniello</b> .....	<b>183</b>
STRUTTURA E INTERAZIONI DEI SISTEMI EUROPEI DI TUTELA DEI DIRITTI UMANI: LA CEDU, L'UE E IL PARERE N. 2/13 DELLA CGUE	
<b>Riccardo Perona</b> .....	<b>203</b>
LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A TRAVÉS DE LA VÍA INCIDENTAL: EL CASO ITALIANO, CON REFERENCIA A LAS REFORMAS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL REALIZADAS EN ESPAÑA Y EN FRANCIA	
<b>Roberto Romboli</b> .....	<b>215</b>

# UMA DÉCADA DA EMENDA 45: AJUSTANDO O FOCO SOBRE AS MUDANÇAS DO PODER JUDICIÁRIO NESTES DEZ ANOS E OS POSSÍVEIS GANHOS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE

Antonio Celso Baeta Minhoto<sup>1</sup>

1 Doutor em Direito Público pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru, SP; Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP; Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação em Direito na Universidade Cruzeiro do Sul, sistema EAD; Professor Titular de Direito Público na Universidade Municipal de São Caetano do Sul, SP; Autor de “Direito e Globalização” e “Teoria Geral de Direito Público”, ambos pela Editora Juarez de Oliveira e “Da Escravidão às Cotas”, pela Editora Boreal; Advogado atuante no Brasil.

## Introdução

O Poder Judiciário sempre recebeu ao longo do tempo, aqui e ali, observações críticas, vindas de fora ou especialmente de dentro de sua própria estrutura. Neste último sentido, convém registrar o conhecido estudo de lavra de Edgard de Moura Bittencourt, "O Juiz", de 1966, que, a par de analisar a figura do juiz na sociedade, também se dedicou a prescrever mudanças no próprio Poder Judiciário.

E é no sentido desenhado por Bittencourt – ao qual poderíamos agregar também a conhecida obra de Mario Guimarães, "O Juiz e a função jurisdicional", de 1958 – que fazemos um estudo em tópico próprio sobre o juiz como figura social, algo fundamental se tivermos em mente que este é, seguramente, um dos mais destacados protagonistas da prestação jurisdicional, senão o "ator principal".

Inviável, a nosso sentir, se debruçar sobre a prestação jurisdicional sem entender melhor quem é seu principal artífice. Veremos que, muito embora com mudanças recentes, a figura do juiz como ator social é pouco explorada e estudada no âmbito das pesquisas.

Contudo, é inegável que as críticas ao Judiciário se intensificaram ao longo dos últimos vinte anos, o que pode ser creditado a duas motivações claras: o maior acesso ao judiciário, com notável aumento no número de ações, algo que pôs em relevo as deficiências da prestação jurisdicional e também o que se poderia chamar de "demanda reprimida", eis que o judiciário brasileiro sempre foi resistente às mudanças, criando um clima de insatisfação bastante pronunciado.

Havia um certo temor pelo acanhamento de tal reforma, em parte pela magnitude da empreitada e em parte porque poderia faltar vontade (ou conveniência) política para levá-la a cabo. Desse modo, a reforma judiciária foi pouco a pouco ocupando um espaço cuja amplitude se mostrava em igualmente constante alargamento. No entanto, a reforma pretendida veio, ainda que para alguns de modo tímido, e gerou seus efeitos.

Estudos de cunho ou natureza econômica apontavam e ainda apontam a estrutura do Poder Judiciário como um poderoso entrave ao próprio desenvolvimento do país; outros trabalhos, de viés sociológico, ligavam itens como impunidade, desconfiança da população e descrença nas instituições ao funcionamento da Justiça, cujo desempenho era visto como aquém ao esperado; e, ainda, como contribuição dos próprios artífices da Justiça (juizes, advogados, promotores, delegados), se observava as mesmas reservas ao funcionamento de nossa Justiça.

Certamente, no bojo da reforma em comento, a ideia de celeridade dos processos e procedimentos judiciais ocupou lugar de destaque, tendo integrado uma de suas disposições iniciais ao criar, com status de direito fundamental, o princípio da "duração razoável do processo" (Art. 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação).

Ao lado disso, ou como decorrência disso, também a gestão ou administração do Poder Judiciário foi posta sob enfoque pela Emenda Constitucional em comento, o que gerou uma mudança até mesmo de postura, com a inserção de critérios tipicamente econômicos, no caso presteza e produtividade, como elementos de avaliação do desempenho dos juizes para fins de promoção na carreira.

A forma de apuração desses itens também recebeu notável tratamento econômico, inclusive com a adoção de formulas matemáticas. Verificar e analisar esses pontos são os objetivos centrais desse estudo, em que também procuramos trazer elementos objetivos sobre o desempenho do Judiciário nestes dez anos e verificar, na conclusão, que projeções se pode fazer para o futuro.

## O papel social do juiz

E a figura do juiz que encontramos como foco principal do tema a que nos propusemos no presente trabalho, a qual ajustamos o especial foco sobre os critérios de produtividade e presteza

trazidos pela EC 45 como forma de se avaliar merecimento do mesmo julgador no que concerne à sua promoção na carreira.

Ao nos voltarmos para a figura do juiz, somos levados a uma verdadeira instituição presente entre nós desde há muito tempo. Na verdade o juiz está ligado à busca da própria Justiça e, neste sentido, observa-se que foi ele sofrendo mudanças, modificações, ao longo da história humana, mas seu papel inicial, como aqui consignado, ou seja, a busca do Justo, manteve-se inalterado.

A bíblia nos traz relatos sobre a atuação de personagens protagonistas de grandes feitos, sendo que a estes o verbo julgar é aplicado com amplidão, alcançando até mesmo a ideia de salvação<sup>2</sup> ou mesmo de julgamento propriamente dito, como na célebre passagem do Rei Salomão cujo critério de julgamento da causa ficou conhecido como *Justiça Salomônica*<sup>3</sup>.

Ver no rei também a figura do juiz era algo extremamente comum no mundo antigo<sup>4</sup>. Os exemplos bíblicos falam por si, mas também os de outros inúmeros povos como fenícios, etruscos, egípcios, hindus, essênios, dentre outros. Na verdade tal disposição permaneceu vigente até boa parte da Idade Média, em que o Rei, o Papa e a Nobreza manifestavam, cada qual a seu modo, o que hoje poderíamos chamar de prestação jurisdicional.

Na Roma e Grécia Antigas é de amplo conhecimento que os valores da família, a moral familiar, e os princípios por ela expressos, eram a única fonte de normatização da vida, tendo a figura do pai como o chefe supremo do lar (*pater familiae*), englobando também a chefia dos fundamentais cultos familiares, bem como as decisões sobre quaisquer questões que surgissem naquele espaço.

2 “Os filhos de Israel clamaram ao Senhor, e o Senhor suscitou para eles um salvador, que os salvou; Otniel, filho de Qenaz, irmão mais novo de Kaleb. O espírito do Senhor esteve sobre ele e ele julgou Israel. Ele partiu para guerrear, e o Senhor entregou-lhe Kushan-Rishatáim, rei de Aram, e sua mão teve poder contra Kushan-Rishatáim” (Juízes, 3, 9-10).

3 O final da passagem em questão diz que “Israel inteiro ouviu falar do julgamento realizado pelo rei e temeram-no, porquanto viram que havia nele uma sabedoria divina para fazer justiça” (Reis, 3, 28).

4 É conhecido entre nós o apanhado de regras de conduta elaborado pelo antigo Rei Hammurabi. Apenas para fins ilustrativos, veja-se que referido rei efetivamente se postava como um juiz de seus súditos, estabelecendo, dentre outros comandos de conduta, que se um filho atinge (ou golpeia) seu pai, suas mãos não de ser cortadas (art. 195 do Código de Hammurabi).

O juiz, desse modo, era o pai. Especialmente para os assuntos afetos exclusivamente à família, *seu juiz era o chefe de família, sentenciando em tribunal por virtude de sua de sua autoridade marital ou paternal, em nome da família e sob a proteção das divindades domésticas*<sup>5</sup>.

Jurisconsultos daquela época afirmavam: *o marido é o juiz de sua mulher; seu poder não sofre limitação; pode o que quer. Se a mulher cometeu qualquer falta, ele pune-a; se bebeu vinho, condena-a; se teve relações com outro homem, mata-a*<sup>6</sup>.

E alguns outros destacavam a própria exclusividade da tutela jurisdicional na figura paterna, vendo nela a única capaz de figurar em qualquer tipo de processo ou procedimento público, afastando aqueles que eram vistos como subordinados ao pai qualquer tipo de pleito ou mesma presença nos tribunais:

É preciso saber que nada pode ceder-se em justiça às pessoas que estão sob o poder de outras, isto é, à mulher, ao filho e ao escravo. Na verdade, desde que estas pessoas não podem possuir coisa alguma, com razão se conclui nada podem também reivindicar em justiça. Se o vosso filho, submetido ao vosso poder, cometer algum delito, a ação em justiça será contra vós. O delito cometido por um filho na pessoa de seu pai não dá lugar a nenhuma ação em justiça<sup>7</sup>

Do quanto comentamos até este ponto é inclusive interessante se estabelecer o intercruzamento entre o aspecto religioso, o elemento paternal e a ideia de julgar que, por seu turno, adquire também feições ampliadas e nitidamente influenciadas por elementos altamente subjetivos (especialmente moral e religião) alcançando, assim, significações outras como salvar, preservar ou conduzir.

Isso é ainda especialmente importante para situar nosso estudo, a fim de que possamos localizar de maneira mais apropriada a figura do juiz que, exatamente como ocorreu com o próprio direito, surgiu, mas principalmente desenvolveu-se, embebida ni-

5 COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 96.

6 Catão, o Antigo, apud Coulanges, op. cit., p. 96.

7 Gaio, apud COULANGES, op. cit., p. 96.

tidamente numa aura de religiosidade, de valores morais e de um ideal transcendental bastante pronunciado<sup>8</sup>.

Importante frisar, adicionalmente, que, ainda na Grécia Antiga, não havia, a rigor, juízes no sentido profissional do termo, sendo esta última uma criação recente em nossa história. Mas essa questão não fica estratificada na Grécia ou no Mundo Antigo.

De fato, ainda hoje, na Inglaterra, para se tornar juiz não há necessidade de uma qualificação especial e, ainda que os magistrados possam cursar estudos paralelos, bem como tomar parte em conferências e simpósios, são poucos aqueles que possuem conhecimento jurídico no sentido estrito do termo<sup>9</sup>.

É um estudioso, em trabalho sobre a Justiça Inglesa, defendendo a eficiência dessa concepção ou de modo de se organizar a justiça, afirma que esta última, no Reino Unido, “*caracteriza-se pela autonomia, honradez e capacidade de seus magistrados, bem como pela celeridade. Há mais de dois séculos a Coroa não afasta juízes dos cargos, em razão de desonestidade*”<sup>10</sup>.

Podemos ver, assim, que essa ideia ou conceito exposto aqui sobre a origem da figura do juiz, tendo em seu nascedouro uma mescla de paternidade e sacerdócio de modo literal, é algo bastante marcante no que se refere à composição dessa personagem social, o juiz, sendo algo, aliás, cujos efeitos são sentidos até os dias de hoje.

Vemos, portanto, que o Juiz finda por exhibir ou pelo menos manifestar em si mesmo uma figura que poderíamos chamar de

8 Algumas passagens de COULANGES, op. cit., indicam bem esse aspecto de dualidade da figura do magistrado, ou seja, o julgador e o sacerdote; o chefe político e o agente divino: “O magistrado que substituiu o rei foi, como este, sacerdote, ao mesmo tempo que chefe político” (p. 189); “Os gregos tinham um modo especial de designar os magistrados diziam *ohí ei télei*, o que literalmente significa ‘os que são destinados a realizar o sacrifício’, expressão antiga, revelando a ideia que primitivamente se tinha do magistrado. Píndaro, ao referir-se a estes personagens, garante que eles asseguravam a salvação da cidade pelas oferendas feitas ao lar” (p. 190); “Em verdade, quando a sorte, em Atenas, ou os auspícios, em Roma, haviam designado o arconte ou o cônsul, logo se fazia uma espécie de prova através da qual se examinava o mérito do novo eleito. Mas esta mesma prova ainda serve para nos mostrar o que a cidade desejava encontrar no seu magistrado: não se procurava o homem mais corajoso para a guerra, nem o mais hábil ou o mais justo para a paz, mas antes o mais amado dos deuses” (p. 195).

9 PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. São Paulo: Millennium, 2003, p. 59.

10 SILVEIRA, Alípio. **A justiça inglesa hoje**. in RF 160/409.

arquetípica, em que são depositadas pelo *inconsciente coletivo* – terminologia criada pelo psicanalista e estudioso Carl Gustav Jung – certos valores e principalmente expectativas ligados à função de julgador, de alguém dotado de um poder que, como vimos, é ou seria oriundo dos deuses ou de forças insubordináveis ao homem.

Essas expectativas, que evidentemente sofreram, como a figura do julgador, mudanças ao longo da história humana, guardam em si, sem embargo de tais modificações evolutivas, aspectos primitivos como ver no juiz a figura de um pai sábio, de um ente superior detentor de uma visão acima da média social na atividade de julgar seus semelhantes, alguém que, descontados os eventuais excessos que a expressão possa trazer consigo, seria quase que um *ungido*, um escolhido de modo especial e sobre-humano para desempenhar seu ofício.

Se esta constatação de um sentimento paternal, de um sentimento de superioridade, confere um poder especial ao magistrado, mesmo modernamente, devemos nos voltar para seus possíveis efeitos especialmente sobre os próprios juízes. Afinal, esperar sabedoria de alguém que seja de fato sábio, um mestre no sentido filosófico-religioso do termo, é uma situação bem diversa de aguardar essa mesma sabedoria de quem é ou pelo menos se considera, na imensa maioria das vezes, um homem comum.

Pesa sobre o juiz, como decorrência da vivência, da aplicação, do verificar desse arquétipo de que falamos, verdadeiramente uma aura de infalibilidade. Tal qual o dogma católico em favor do Papa, visto assumidamente como pai terreno da Igreja, lança-se sobre o juiz também a carga do julgamento paterno infalível<sup>11</sup>.

Nem é por outra razão que um conhecido estudioso dos mitos na história humana afirma que “*quando um juiz adentra o recinto de um tribunal e todos se levantam não estão se levantando para o indivíduo, mas para a toga que ele veste e para o*

11 Jerome Frank, em sua obra “Law and modern mind”, apud PRADO, op. cit., p. 32, afirma que “o desejo de uma excessiva estabilidade jurídica não surge de necessidades práticas, mas de um anseio de algo mítico. É interessante – prossegue – que as pessoas não se espantem com as mudanças jurídicas por via legislativa, mas se assustem com a falta de previsibilidade dos juízes. Afinal, busca-se a segurança no substituto do pai, no Juiz Infalível, o qual vai determinar, de modo seguro, o que é justo e o que é injusto”.

papel que ele vai desempenhar” e ainda arremata: “as pessoas percebem que estão diante de uma personalidade mitológica”<sup>12</sup>.

Como o sentimento mais comum a todos os seres humanos é o da busca de aceitação pelos seus pares, sejam em que grupo social for, vemos que o juiz acaba tomando a forma da *persona* criada para si pela sociedade em decorrência do arquétipo acima mencionado. O juiz conforma-se ou amolda-se a esse modelo buscando sua aceitação social e também dentro da própria magistratura, ou seja, frente aos demais juízes.

No caso do Brasil, de modo mais específico, ainda há que se adicionar o fato de que, a uma, há notória, constante e antiga escassez de juízes; a duas, o rigor dos exames aplicados aos candidatos a magistratura somado à escassez de vagas, leva os aprovados a terem que lidar com esse especial destaque e os efeitos tal realidade possa ter sobre o exercício de suas funções; a três, é correntio no Brasil a noção advinda do interior do país sobre a autoridade especial do juiz, ao lado do padre e do delegado, uma imagem desdobrada do arquétipo paterno da função julgadora e; a quatro e por fim, lida o juiz com um poder de fato, imediato, palpável, aparentemente sem limites, o poder estatal, cujo exercício gera efeitos concretos sobre as pessoas e a sociedade em geral instantaneamente.

Nesse cadinho, ainda devemos adicionar o comportamento social esperado do juiz e, então, poderemos vislumbrar qual é seu perfil para que possamos analisar com alguma objetividade a interseção ou o inter cruzamento entre expectativa e realidade.

Sidnei Agostinho Beneti, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em texto de sua autoria denominado “*Deontologia da linguagem do juiz*”, à página 114, nos dá o seguinte perfil de conduta ou comportamental esperado do juiz:

Além do escrito e da palavra, o Juiz demonstra o estilo por outras exteriorizações da personalidade. O próprio modo de ser, o gesto, o traje, o andar, a voz, o controle pessoal, tudo, a rigor, evidencia o Juiz ao pessoal forense e à sociedade a que serve. E evidencia a todo instante, na Sala de Audiências, no Fórum, na rua, na convivência pública, nas

12 CAMPBELL, Joseph e MOYERS, Bill. **O poder do mito**. São Paulo: Palas Athena, 1993, p. 12.

festividades e no lazer, ou mesmo no trato particular, até na intimidade. A família do Juiz, por sua vez, completa o quadro de mensagens mudas provindas da personalidade do Juiz, afirmando-lhe ou derruindo-lhe a credibilidade, pelo exemplo da própria casa<sup>13</sup>

Veja-se a interessante observação do autor em foco quando diz que a família do juiz pode *afirmar ou derruir a credibilidade*. Claro, fica, portanto, que há uma exigência maior sobre os juízes no que se refere ao seu comportamento social, quando o comparamos com a moral ou comportamento médio exigido dos não juízes, dos seres humanos de uma forma geral.

Exibe-se com razoável clareza, assim, a questão da visão arquetípica advinda da sociedade em face de seus juízes, e toda a carga de perfeição, de sabedoria, de paternalidade a eles dirigida, como já comentamos acima.

E neste particular fica a indagação: como se situam ou como se comportam os juízes frente a tal expectativa que, mesmo intuitivamente, sabem gerar? A questão não é simples e nem comporta uma análise exaustiva nesse estudo. Mas, alguns pontos merecem destaque.

As características mais marcantes e mais mencionadas não somente pelos chamados artífices do Direito, como advogados, promotores de justiça e delegados de polícia, mas mesmo pelo público em geral quando se trata de descrever nossos juízes são termos como distanciamento, alienação, rigidez,<sup>14</sup> formalismo e arrogância<sup>15</sup>, esta última chamada popularmente de “juizite”,

13 in “Curso de Deontologia da Magistratura”, coord. José Renato Nalini, São Paulo: Saraiva, 1992. Na mesma obra nesta nota citada, sob o título “**O juiz e suas atribuições funcionais. Introdução à deontologia da Magistratura**”, às p. 15, José Renato Nalini pontua o tema da chamada conduta irrepreensível exigida do Juiz e, de certa forma, o relativiza: “Em épocas nem tão remotas, episódios de rotina, como a separação judicial, repercutiam na carreira, prejudicando o juiz. Além da desdita do descasamento, a Instituição lhe impunha um plus aflitivo, de conseqüências mais gravosas do que a mera reprovação social. E o separado, por força da própria condição traumática do insucesso conjugal, muita vez conduz de maneira mais irrepreensível em sua vida privada do que muitos ainda formalmente casados”.

14 Ver, a esse respeito, FERREIRA, Verônica A. M. César. **Mudada a imagem, muda-se a realidade**. in “Boletim Juízes para a Democracia”, n° 14, ano 4, 1998, p. 6.

15 “O pedantismo de certos magistrados antipatiza a Justiça, além de manter afastados aqueles que buscam a confiança de uma decisão justa. É deplorável o vírus da ‘juizite’, que, não raro, contamina os neófitos da Magistratura; mais deplorável é o juiz que com anos e anos de judicatura, teima em continuar com esse vírus. Desconhecem a humildade, antídoto contra o risco de se empenhar no jogo perigoso de se alcançar a justiça absoluta, quando a sua decisão, no máximo, poderá aproxi-

conquanto seja igualmente pacífico o reconhecimento do preparo técnico dos mesmos juízes.

A questão é que o juiz manifesta essas características, mas isso se dá em decorrência de algo, ou, dito de outro modo, são aspectos consequenciais e não causais, muito embora possam existir aspectos pessoais, comportamentais, morais, familiares, dentre outros, específico deste ou daquele juiz. Mas, de todo modo, essas particularidades podem mitigar ou inflar as características acima destacadas, sem, contudo, ter o poder de criá-las ou extingui-las só por si.

Como é aplicado sobre os juízes, em termos comportamentais, um grau de exigência específico superior a um patamar médio, regular ou normal, naturalmente tal situação irá gerar, de algum modo e com graus variáveis, determinadas consequências sobre tal grupo. Podemos mencionar, a esse respeito, afirmação de conceituado autor sobre a questão, indicando este que *“a exigência legal de uma conduta privada irrepreensível torna o magistrado muito crítico em relação a pessoas com comportamentos flexíveis”*.

Prossegue ainda o mesmo autor em sua análise, desta feita voltando-se para o formalismo apontado nos juízes, afirmando que *“apegado à dogmática do direito objetivo, convence-se das verdades axiomáticas e protege-se na couraça da ordem e da pretensa imparcialidade”*. E, por fim, conclui:

A parcela de poder a ele confiada e a possibilidade de decidir sobre o destino alheio, tornam-no prepotente: é reverenciado pelos advogados e servidores, temido pelas partes, distante de todos. Considerando-se predestinado e dono do futuro das partes no processo, revela-se desumano, mero técnico eficiente e pouco humilde, esquecido da matéria-prima das demandas: as dores, sofrimentos e tragédias humanas<sup>16</sup>

Como o ato de julgar implica em tomar o lugar do outro de algum modo, vemos que a rigidez, o distanciamento e a arro-

mar-se de um ideal humanamente possível”. POVOA, José Liberato Costa. **Sua excelência o juiz: um cidadão comum**. in “Revista da OAB/GO 19/37”, ano V, abril-junho/1991, p. 10 a 37.

16 CRAIG, Adolph J. O abuso do poder na psicoterapia, na medicina, serviço social, sacerdócio e magistério. São Paulo: Achiamé, 1979, p. 99-110.

gância ou falta de humildade apontadas acima refletem de modo direto, incontornável e com reflexos evidentes, afinal, no julgamento em si<sup>17</sup>.

Essas características podem ainda ser majoradas ou aumentadas por um outro item a que se faz observação. Ocorre que já há algum tempo se realizaram estudos a fim de demonstrar, por uma outra vertente, o que acima comentamos sobre o recrutamento de juízes sem formação jurídica de um ponto de vista técnico-formal.

Esse aspecto seria o de que o juiz, em verdade, frente a uma ação judicial que lhe é confiada, primeiro a julga ou avalia como homem, ou, se se quiser, como homem comum. Por esta visão, julga o juiz a causa, portanto, sob o prisma de seus valores morais, éticos, formação familiar, experiência de vida etc, para só então, ou ao depois, traçar um liame entre esse julgamento interno com o arcabouço de disposições normativas encontráveis no sistema jurídico-legal, a fim de obter desse último uma legitimação formal para seu juízo de valor<sup>18</sup>.

Nesse passo, se tais valores pessoais ou, ainda melhor, aspectos subjetivos e não inscritos no universo formal do sistema jurídico-legal positivado, tem efetivamente um peso importante na formação da decisão ou julgamento final por parte do juiz, percebemos a importância de, inicialmente, pelo menos questionarmos a presença de itens como arrogância ou soberba, como alienação social ou como formalismo exacerbado no exercício da jurisdição, se realmente quisermos observar alguma modificação no quadro atual.

17 PRADO, op. cit., p. 62-63, faz interessante análise psicológica sobre a estrutura que comentamos: “Essa situação significa que o juiz torna-se somente juiz, esquecendo-se que tem como possibilidade um réu dentro de si. O ego identifica-se com a persona, fato muito lesivo, porque redundando na ofuscação da consciência por um conteúdo inconsciente. O magistrado tenta ser divino, sem máculas, incidindo, às vezes, na hybris (dêmesure, descomedimento) de se considerar a própria justiça encarnada (porque só os deuses julgam os mortais, sendo que, na bíblia, os deuses são juízes. Esse fenômeno chama-se inflação da persona, que ocorre quando os magistrados de tal forma se identificam com as roupas talares, que não mais conseguem desvesti-las nas relações familiares ou sociais. A inflação da persona causa fragilidade ou rigidez da psique”.

18 Cf. Karl Llewellyn, apud PRADO, op. cit., p. 29;

## Economia e Direito: produtividade e presteza como elementos de aferição da prestação jurisdicional

A EC 45 trouxe, no particular aqui tratado, modificação sobre os critérios a serem aplicados aos magistrados no que concerne à avaliação de seu merecimento, isso com o fito de, por sua vez, avaliá-lo em termos de promoção e ascensão na carreira. Esses novos critérios são produtividade e presteza, presentes agora na nova redação dada à alínea 'c', inciso II, artigo 93 da Constituição Federal.

Para melhor nos situarmos e inclusive evitarmos erros interpretativos preliminares, convém que identifiquemos de modo objetivo o que vem a ser cada uma das idéias em questão e, para tanto, adotaremos o norte ditado pelo Dicionário Houaiss nos verbetes correspondentes – primeiro produtividade e em seguida presteza – sendo que, em seguida, analisaremos cada conceito separadamente.

1. característica ou condição do que é produtivo 2. capacidade de produzir [p. de uma espécie vegetal] [p. da terra] 3. volume produzido 4. ECON. Relação entre a quantidade ou valor produzido e a quantidade ou o valor dos insumos aplicados à produção; rendimento (...)

1. qualidade do que é prestes. 2. característica do que é ligeiro para fazer algo; rapidez, celeridade [eles são treinados para terem essa p. no atendimento] 3. característica daquele que ajuda com boa vontade e prontidão; prestimosidade, obsequiosidade (...)

No caso da EC 45 e da inserção do termo produtividade na função jurisdicional e, ainda mais especificamente dentro deste universo, na função judicante, parece ser claro que a intenção do legislador encontra identificação com a acepção econômica acima destacada, ou seja, obter um saldo favorável no que toca à *relação entre a quantidade ou valor produzido e a quantidade ou o valor dos insumos aplicados à produção*.

De fato, parece fora de dúvida que elementos até mesmo de cunho empresarial, no sentido da produção de algo, bem ou

serviço, de modo eficiente e com resultado satisfatórios se revelam como integrantes da concepção da norma em comento.

Em estudo referencial sobre os elementos de sucesso numa atividade empresarial, dois estudiosos listaram o que entendem ser as características vitais ou comuns encontráveis em empresas bem-sucedidas: inclinação para a ação; proximidade do cliente; autonomia e espírito de empresa; produtividade das pessoas; sistema de valores atuantes; manter-se no negócio base; organização simples e flexível e; direção simultaneamente apertada e flexível<sup>19</sup>.

Claro que os elementos acima não podem ser simplesmente transportados para a atividade-fim do Poder Judiciário, a prestação jurisdicional, e nem, naturalmente, aplicados sem ajustes à atividade dos juízes, mas alguns pontos, como produtividade das pessoas e organização simples e flexível podem ser vistas como de aplicação viável a esta atividade pública.

Ainda neste campo de abordagem econômica e também de cunho administrativo, somos confrontados com algo que, especialmente inspirado pela EC 45, vem “perseguido” o Judiciário brasileiro desde então: eficiência. Claro que o serviço público como um todo está imerso nesta ideia, contemplada no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal desde a EC 19/1998, mas o Judiciário tem de fato sido o foco deste tipo de abordagem.

Trata-se de conceito, por sua vez, inserido num contexto maior de busca de eficiência do Estado como um todo, afinal, como registram Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Aroldo Bueno de Oliveira<sup>20</sup>:

o processo de planejamento econômico se inicia a partir de um diagnóstico preciso da situação real do país sobre o qual se estabelecem as metas a serem atingidas, os meios para alcançá-las, os instrumentos que podem ser usados e os mecanismos de correção, se forem necessários.

19 PETERS, T; WATERMANS, R. *In search of excellence*. New York: Warner Books, 1982, p. 45.

20 FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; OLIVEIRA, Aroldo Bueno de. Intervenção estatal no domínio econômico: o papel histórico do Judiciário como implementador de políticas econômicas. In “Ordem Econômica: poder público e iniciativa privada”, Maria de Fátima Ribeiro, Paulo Roberto Pereira de Souza e Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira (orgs). São Paulo: Arte e Ciência, 2012, p. 111-141.

E Poder Judiciário parece ter se inserido, definitivamente, no contexto do acima destacado: aplicar princípios econômicos para obter resultados não só mais eficientes, mas igualmente afeíveis como qualquer outra atividade estatal.

No ponto destacado, convém fazer sucinta, mas necessária diferenciação entre eficácia e eficiência. Como nos ensina Antonio Róbaló, "eficácia refere-se sobretudo ao facto de se atingir ou não o objectivo e se esse objectivo é realmente o objectivo a atingir". Já eficiência, prossegue o mesmo autor, "tem genericamente que ver com o modo como se obtêm determinados resultados. Um método é mais eficiente que outro se para atingir o mesmo resultado exige menor dispêndio de recursos"<sup>21</sup>.

Sobre este último princípio, o da eficiência, obviamente de interesse mais próximo aos objetivos desse estudo, José Afonso da Silva se manifesta nos seguintes termos:

O princípio da eficiência administrativa consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade em condições econômicas de igualdade dos consumidores<sup>22</sup>

De rigor ainda se consignar a observação de que exigir produtividade dos juízes, também como critério de promoção, não é algo surgido com a EC 45. Diversos tribunais estaduais, antes da edição da emenda em foco já haviam fixado critérios de avaliação da produtividade de seus magistrados, inclusive com a criação de fórmulas de caráter matemático<sup>23</sup>.

21 RÓBALO, Antonio. **Eficácia e eficiência organizacionais**. Revista Portuguesa de Gestão. 1995. p. 105-116. Disponível em [http://repositorio-iul.iscte.pt/bitstream/10071/1383/5/robalo\\_RPG\\_1995.pdf](http://repositorio-iul.iscte.pt/bitstream/10071/1383/5/robalo_RPG_1995.pdf), acesso em 18 de fevereiro de 2015.

22 SILVA, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 651.

23 O Tribunal de Justiça da Paraíba, através de uma resolução, e ainda no ano de 2001, fixou vários parâmetros de avaliação do magistrado com o fito de analisar sua promoção, sendo a produtividade um dos quesitos de maior destaque. Vejamos o exemplo contido no artigo 3º da referida resolução:

O Índice de Produtividade Básica – IPB será obtido, através do Sistema Integrado de Comarcas Informáticas - SISCOM, mediante o seguinte processo de cálculo:

$$IPB = \frac{\left(\frac{PJ}{PD - PR}\right) + \left(1 - \frac{PP}{PA}\right) + \left(1 - \frac{PC}{PA}\right)}{3}$$

IPB - Índice de Produtividade Básica

PJ - Processos Julgados

PD - Processos Distribuídos

Quando pensamos em insumos aplicados à prestação jurisdicional, estamos falando, na verdade, dos próprios juízes em face dos processos ou ações que lhe são confiados e, na outra ponta, a produção, ou, em outros termos, a quantidade de decisões proferidas em face da mesma quantidade de casos submetidos ao crivo dos juízes.

Visto sob esse ângulo cujo teor econômico dispensa maiores digressões, restaria saber, inicialmente, se há uma proporção satisfatória em termos de quantidade de insumos, se temos, afinal, juízes suficientes para atender a demanda de ações intentadas num determinado período de tempo.

O tema é de antiga abordagem e vem suscitando diversas interpretações, variando basicamente de quem as profere em termos de posicionamento dentro dessa questão. Vale dizer, de modo objetivo, que os juízes e as associações que os congregam tendem a indicar insuficiência de magistrados, enquanto outras associações ou organizações se voltam ao sentido oposto ou, pelo menos, num ponto de equilíbrio em que esta quantidade é vista como satisfatória.

Nesse âmbito, o dado relativamente novo é que o próprio Poder Judiciário indica haver uma proporção, entre juízes e população, item fundamental para se poder exigir a produtividade dos mesmos magistrados, considerada satisfatória<sup>24</sup>. Mas, como já dito, a questão está longe de ser pacífica e isso até mesmo em face de tais dados, ao menos potencialmente lançados de modo objetivo.

Jorge Maurique, que foi presidente da Associação dos Juízes Federais do Brasil, por exemplo, pondera que a mera divisão

PP - Processos Paralisados (os não movimentados há mais de 30 dias)

PC - Processos Concluídos com excesso de prazo (aqueles que decorreram o prazo para despacho ou sentença)

PA - Processos Ativos

PR - Processos Redistribuídos

Para além do acima exposto, convém destacar preciosa observação feita por Maria de Fátima Ribeiro e Suely Fadul Villbor Flory, ao destacarem que "os princípios que regulam tanto a ordem econômica, quanto à ordem social são instrumentos previstos no texto constitucional para a preservação dos direitos sociais do cidadão". Políticas públicas tributárias, desenvolvimento e crise econômica. In "Estado e Crise Econômica: questões relevantes", Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Maria de Fátima Ribeiro (org). São Paulo: Arte e Ciência, 2011, p. 185-206.

24 Jornal "O Estado de São Paulo", 7 de maio de 2005, primeiro caderno, p. A4. O Ministro Nélson Jobim, presidente do Supremo Tribunal Federal informou que no Brasil há 13.474 juízes, correspondendo a uma média de 7,62 juízes por grupo de 100.000 habitantes, superior à média indicada pela própria Organização das Nações Unidas, que é de 7 juízes por grupo de 100.000 habitantes.

entre o número de juízes e a população brasileira não exibe as várias diferenças entre as Justiças (comum, trabalhista, militar, fiscal, eleitoral etc) e o correspondente volume de feitos, volume de acordos e características gerais de cada uma destas áreas, o que acaba escamoteando, dessa forma, o que em sua opinião seria o número correto, qual seja o da quantidade de processos por juiz. E ainda comenta:

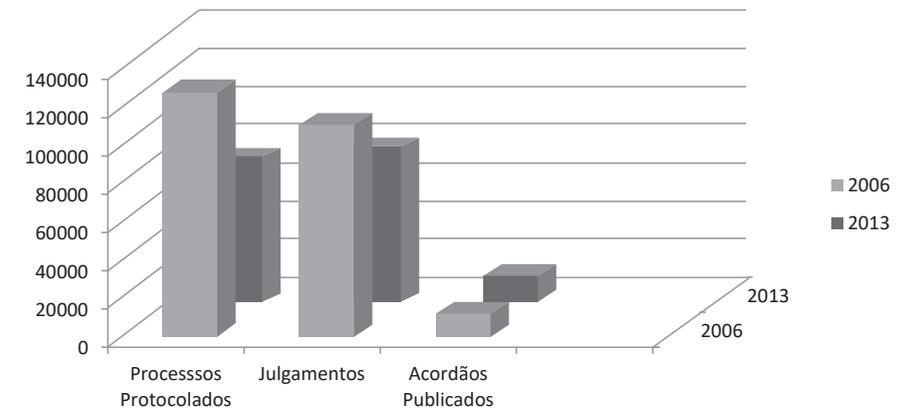
A Justiça do Trabalho tem porcentual de resolução muito maior porque lá as partes fazem acordo. O governo não faz acordo, ao contrário do que ocorre na Justiça do Trabalho. Pior do que isso: costumeiramente recorre<sup>25</sup>

O magistrado acima mencionado se refere à chamada taxa de congestionamento, índice que, de fato, é inferior na Justiça do Trabalho se comparado aos das demais justiças existentes no país e isso em decorrência de sua singularidade no que toca à formalização de acordos, algo verdadeiramente típico e tradicional nesta Justiça, e que não se encontra na mesma intensidade ou magnitude, por exemplo, na Justiça Comum, federal ou estadual.

Seja como for, precisamos analisar neste momento se, num determinado período de tempo, mais precisamente da edição da EC 45, em 2004, até os tempos atuais 2014, temos um incremento na produtividade e na eficiência, ou se isso não se observou.

Num comparativo aplicável somente ao STF e para os anos de 2006 e 2013, o que nos traz um lapso temporal de 6 (seis) anos, observa-se uma eficiência pelo menos aparente do mais alto tribunal brasileiro. Com relação a processos protocolados, houve uma queda substancial, vindo de 127.535 em 2006, para 72.071 em 2013, fruto, inclusive de criações trazidas ao sistema pela própria EC 45, como a súmula vinculante.

Se em 2006, tivemos 110.284 julgamentos no STF, esse número cai para 78.429 em 2013 e, com relação à acórdãos publicados – índice importante pois indica uma finalização da prestação jurisdicional naquele órgão específico – tivemos 11.421 acórdãos publicados em 2006 e 13.156 em 2013. Para melhor visualização, vejamos o gráfico:



Fonte: CNJ, 2013.

No entanto, ainda que os números acima sugiram uma melhora, precisamos estabelecer um quociente, um termo de proporção entre os períodos em foco. Dividindo-se o número de processos entrados (ou protocolados) pelo número de julgamentos, entre os dois anos, 2006 e 2013, encontramos o quociente de 1,15 para 2006 e 0,91 para 2013, indicando que, neste último ano, houve mais julgamentos do que casos novos entrados. Houve, portanto, algum ganho de eficiência.

Numa análise histórica, observamos que em 2003, a Justiça Estadual apresentava 9.745 magistrados espalhados por todo o país, número que salta para 11.960 em 2013. Contudo, há que se considerar também o crescimento da população no período, a fim de se observar a proporção de juízes por habitantes, um dado importante quando se busca aferir eficiência e presteza na prestação jurisdicional.

A proporção em 2003 era de 5,51 magistrados por grupo de 100.000 habitantes, índice que saltou para apenas 6,00 em 2013. Além do crescimento acanhado no número de magistrados, vemos que em 2003 havia um acervo de 9.941.831 ações judiciais ativas junto às Justiças Estaduais na primeira instância em todo o país, número que salta para algo próximo a 20.000.000 em 2013.

Assim, quando se cruza o número de magistrados atuantes na Justiça Estadual pelo número de feitos, vemos que em 2003

<sup>25</sup> in Jornal "O Estado de São Paulo", 7 de maio de 2005, primeiro caderno, p. A4.

essa proporção era de 1.020,19 ações por magistrado, número alterado para 1.672,24 dez anos depois (2013), indicando que o ganho numérico em termos absolutos foi de certa forma fagocitado pelo vertiginoso aumento no número de ações. Tabelando os dados, teríamos:

Justiça Estadual	2003	2013
Número de magistrados	9.745	11.960
Magistrados/100000 habitantes	5,51	6,00
Ações ativas	9.941.831	20.000.000
Ações/Magistrado	1020,19	1672,24

Fonte: CNJ, 2003 e 2013

Mais não bastasse, há um aspecto que piora o quadro antes desenhado: a distribuição de magistrados na Justiça Estadual não parece ser equilibrada de acordo com a demanda. Com efeito, enquanto nos estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro – três estados com grande volume de feitos – temos uma proporção que gravita entre 4,4 e 6,1 magistrados por grupo de 100.000 habitantes, para estados como Amapá, Goiás, Mato-Grosso do Sul e também no Distrito Federal, essa proporção sobre para mais de 10,1, e isso para realidades de um volume muito menor de ações quando comparadas com os três estados citados inicialmente.

Ainda caminhando pela senda da análise dos dados gerados pelos relatórios “Justiça em Números”, de 2003 e 2013, nos deparamos com outro índice importante que é a taxa de congestionamento, especialmente a de primeira instância, ou seja, o percentual de feitos que ficam retidos aguardando julgamento de um ano para o outro.

Essa taxa, nível Brasil, em 2003, era de 75,45% e passou para 64,2% em 2013 e é talvez, ou provavelmente, o único incremento de melhora que pode ser creditado diretamente aos magistrados, eis que estamos falando de uma atividade privativa e exclusiva dos magistrados atuantes em primeira instância e algo ao qual podemos inferir como sendo resultado direto da prestação, eficiência e produtividade desses mesmos magistrados.

Há outros ganhos difíceis de quantificar, como a criação da súmula vinculante, em 2004, no bojo da EC 45, ora estudada.

Certamente é medida que “desafogou” o Supremo Tribunal Federal, mas, não se sabe qual foi, quantitativamente, esse impacto e tampouco se sabe qual foi o resultado prático dessa medida em relação à primeira instância.

Ao longo desses dez anos, 2003-2013, ainda foram criados outros mecanismos cujo objetivo seria, precipuamente, aliviar a pauta dos tribunais, especialmente superiores (STJ e STF). Neste sentido, a lei 11418/2006, criou a figura da repercussão geral para recursos extraordinários endereçados ao STF e a lei 11672/2008 estabeleceu procedimento próprio ou peculiar para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

A primeira instância, no entanto, segue mais ou menos estruturada de modo deficiente. Faltam recursos de um modo geral, e provavelmente os recursos humanos insuficientes, desestimulados e/ou mal preparados são os que mais impactam na administração do Poder Judiciário, mormente o estadual, cuja organização toca aos Estados-membros, diferentemente da justiça do trabalho, justiça federal, justiça federal e justiça militar, todas organizadas e administradas pela União.

## O real papel do Juiz na reforma e na melhora do Poder Judiciário

Para além dos números acima expostos, e da anterior análise sobre o papel social do juiz, o tema presente gera reflexão e praticamente naturalmente atrai uma reflexão necessária, e um balanço, sobre o que se pretende com a chamada “Reforma do Judiciário”, e o que se poderia projetar para o futuro quanto à prestação jurisdicional desejada.

Parece-nos claro, que não se pode, em definitivo, endereçar aos juízes o ônus por uma espécie de resgate de eficiência do Poder Judiciário. Se o diagnóstico é multifacetado – e deve mesmo o ser – também será o tratamento e a profilaxia. A prestação jurisdicional não é exercitada somente pelo magistrado.

O próprio relatório Justiça em Numero, para o ano de 2013, aponta como desafios a serem enfrentados a fim de se obter uma justiça mais eficiente: a) excesso de litigância, com o constante aumento de casos novos; b) baixam menos processos do que ingressam com o aumento dos casos pendentes e; c) execuções de Título Extrajudiciais Fiscais, com exponencial incremento de casos pendentes.

Nenhuma dessas razões aponta para um juiz inoperante ou despreparado, muito embora certamente estes existam, o que, aliás, é natural em qualquer profissão. Não se nega, portanto, a participação do juiz no resultado sofrível do Poder Judiciário em termos de serviço público, mas, diga-se uma vez mais, não pode esse personagem ser o único foco de uma atenção crítica.

Pretender, pois, prontidão do Poder Judiciário, notadamente através da obsequiosidade, solicitude e presteza do juiz, é mais do que razoável. Pode-se dizer ser essencial.

Do mesmo modo, aguardar produtividade do magistrado, o que certamente redundará numa aplicação mais ágil da Justiça, é praticamente uma constatação acaciana.

Porém, é necessário observar se há condições para que tais qualidades possam ser manifestadas pelos integrantes do Poder Judiciário diretamente ligados a tal realidade, ou seja, os juízes.

O que se pode observar, tal como acima buscamos intuir, é que a problemática é mais complexa do que aparenta e que os dados, os números, as estatísticas e as informações objetivas que tais elementos podem fornecer são apenas um dos aspectos do tema, talvez até mesmo um ponto de saída, sem, contudo, se apresentarem com a resolutividade própria de sua aplicação numa ciência exata, donde, aliás, são originalmente egressos.

Dito de outro modo, o fato é podemos aplicar o que se poderia nominar de uma interpretação zetética, mais ampla, a fim de se obter uma análise igualmente mais abrangente da temática.

E talvez também emergja do comando normativo em tela a constatação de que o legislador constitucional derivado pretendeu, na EC 45, conceder ares de resolução de tal complexa questão focando substancialmente – para não se dizer que quase exclusivamente – nos juízes. Foram estes galgados a um duplo

papel protagonista: o de responsáveis pela morosidade e também pela superação desta e obtenção da celeridade.

Se o trabalho intelectual é especialmente complexo no que se refere à sua metrificação ou à sua mensuração, digna de nota é também a criação de uma grande expectativa no que se refere a um incremento de produtividade e eficiência na atividade jurisdicional cuja responsabilização é voltada quase que exclusivamente aos juízes.

Desse quadro de permanente e mesmo crescente expectativa, emerge um risco nada desprezível: acossados por metas – por vezes inatingíveis – e sendo obrigados a lidar com uma estrutura ainda arcaica e deficiente, os juízes podem se confrontar com uma colossal frustração e até mesmo um sentimento de culpa.

Agregue-se ao já comentado também a figura fundamental do servidor comum da justiça, o cartorário, o escrevente, o serventuário que diligencia pela boa organização e administração do cartório, secretaria ou serventia conectada a uma vara judicial.

Estes, os serventuários, também sentem a pressão por vezes desmedida pela melhora do serviço judiciário como um todo. Frequentemente sem receberem treinamento adequado e suficiente, os serventuários da justiça, em contato direto com o público, passam a desenvolver patologias de cunho psicológico que, por sua vez, vão afetar justamente o desempenho que, não sendo mais tão eficiente, atinge do mesmo modo a produtividade daquela estrutura.

E se o serventuário passa por isso, o juiz, o mais especializado dos serventuários judiciais, também a isso estará submetido. Aliás, estará mais exposto que o serventuário cartorial, pois sobre ele repousa a produção, a produtividade, o “fazer acontecer” da prestação jurisdicional. A psicologia contemporânea nominou esse estresse cumulado com frustração de “síndrome da exaustão” ou, do seu original em inglês, “burnout syndrome”. Nas palavras de um pesquisador do tema:

O estado de estado de exaustão mental e emocional (burnout syndrome) [é] causado por esperanças e expectativas frustradas, por um sentimento de controle inadequado so-

bre o próprio trabalho e de perda do sentido da vida (...) a probabilidade de desenvolvimento da síndrome aumenta com a intensidade e o prolongamento do estresse ocupacional, traduzido por trabalho excessivo e recursos inadequados para atingir as metas fixadas. A síndrome de burnout leva a uma perda progressiva do idealismo, deterioração do desempenho funcional e da saúde física e mental, causando aumento do consumo de álcool e de drogas ilícitas e arruinando as relações com familiares e amigos<sup>26</sup>.

Importante, portanto, se obter um ponto de equilíbrio no trato dessa questão, ajustando de modo adequado o papel de cada um nesta estrutura organizacional, o Poder Judiciário, e estimulando atuações realistas por parte dos juízes que inegavelmente devem contribuir, com sua energia laboral, para um resultado global da atividade jurisdicional realmente eficaz, eficiente, produtivo e prestes, mas sem permitir que isso se torne um fardo impossível de ser suportado ou transportado.

Longe deste autor, de outra vertente, fazer a defesa dos juízes pura e simplesmente. Disso não se trata o raciocínio presente. O que ocorre é que, lança-se aos magistrados metas e índices a serem atingidos sem que seja levado em conta que o mesmo julgador apenas administra uma função exclusivamente estatal (julgar) em nome do Estado e que, portanto, submetesse de modo forçado a todas as vicissitudes encontráveis neste último.

## Considerações Finais

Procuramos neste texto destacar o papel fundamental do juiz na prestação jurisdicional e na organização do Poder Judiciário, bem como buscamos revelar quem é esse personagem social, ao qual tantas pretensões e expectativas são endereçadas.

A esse agente público sobre o qual recai tais exigências sociais, porém, não se lança um lume analítico para saber seus anseios, suas idealizações, suas angústias, sua visão do justo e

26 VOLTARELLI, Júlio C. **Estresse e produtividade acadêmica**. Medicina (Ribeirão Preto). Online). V. 35, n° 4, 2002.

do direito e, claro, que tipo de recursos físicos, humanos e culturais dispõe para levar a bom termo as pretensões que lhe são dirigidas.

Temos exemplos em nosso sistema jurídico-legal de modificações constitucionais cujo objetivo era, como ocorre agora com a EC 45, gerar modificações abrangentes e sistemáticas, mas cujos efeitos práticos se mostraram e vêm se mostrando bem mais tímidos do que os idealizados.

Em 1998, por exemplo, foi editada a EC 19 que introduziu o conceito de eficiência como princípio de atuação da Administração Pública, ao lado da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (art. 37, caput, Constituição Federal), algo que chegou a ser criticado por alguns estudiosos<sup>27</sup>, eis que o Estado sempre deve se pautar pela eficiência, sendo previsão redundante ou desnecessária.

Na ocasião de sua edição, porém, foi defendida a EC 19 sob o argumento de que a modificação tornaria possível, de modo mais eficaz, responsabilizar de modo direto o mau administrador público.

Referiam-se os prosélitos de tal argumento às malversações de verbas, investimentos mal planejados e má utilização de recursos humanos, financeiros e materiais disponibilizados aos agentes públicos correspondentes.

O Estado Brasileiro, contudo, não sofreu nenhum choque de eficiência após a promulgação da EC 19, as más gestões da coisa pública prosseguiram e os avanços positivos posteriores, efetivamente sentidos, se deveram muito mais às ações esparsas e em âmbito mais limitado do que em decorrência da modificação constitucional em foco.

27 Celso Antonio Bandeira de Mello foi, provavelmente, o crítico mais ácido e destacado quanto ao descabimento da inserção do princípio da eficiência no artigo 37 da CF: "Quanto ao princípio da eficiência não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais suma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da boa administração". MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 92.

Inexiste aqui, de todo modo, traço pessimista. A justiça é tão-somente indissociável do homem, desde este se organizou em sociedades, e o Poder Judiciário, incumbido da busca desse ideal, da concretização desse verdadeiro arquétipo humano, no dizer de Jung, deve ser amplamente prestigiado, bem como amplamente exigido.

O que se busca aqui é lembrar que devemos, numa figura de expressão, não tomar a nuvem por Juno e imaginar que modificações formais e aplicadas de modo vertical, possam gerar mudanças imediatas ou, mesmo que posteriormente, no sentido pretendido pelo legislador constitucional derivado.

A tímida participação do Poder Judiciário na reforma materializada pela EC 45 foi sendo gradativamente substituída por um protagonismo maior, o que é simplesmente o mais lógico.

O Conselho Nacional de Justiça também superou dificuldades e desconfianças iniciais para se firmar como um útil órgão administrativo e disciplinar, posto a serviço da população e do próprio Judiciário.

A dinâmica do Poder Judiciário está ainda submetida a forças político-sociais cuja complexidade demandaria estudo à parte em relação ao tema aqui tratado. A instrumentalização da atividade jurisdicional, desse modo, precisa de maior incremento, mas já avançou muito e, nada obstante esse avanço, tem que lidar com novos e constantes desafios.

A questão da obra humana deve aqui ser levada em conta também. Endereço das maiores e mais sentidas angustias da sociedade, vive o Judiciário Brasileiro seus próprios dilemas, desafios, dificuldades, obstáculos. Não é uma caminhada linear, mas, de rigor registrar, não há como negar os avanços observados na última década.

Muito para se caminhar ainda para a obtenção de uma condição ideal de prestação jurisdicional. Sem dúvida. Mas, descabe ignorar o já palmilhado, sedimentado e conquistado.

Confiamos, portanto e por nossa profissão de fé no homem, que na prática, no dia-a-dia – momento em que a Justiça efetivamente se dá – se possa proceder aos apuros, aos melhoramentos,

aos burilamentos, às lapidações naturalmente aplicáveis a toda criação humana.

## Referências

BENETI, Sidnei Agostinho. **Deontologia da linguagem do juiz**. In "Curso de Deontologia da Magistratura". José Renato Nalini (org). São Paulo: Saraiva, 1992.

CAMPBELL, Joseph e MOYERS, Bill. **O poder do mito**. São Paulo: Palas Athena, 1993.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

CRAIG, Adolph J. **O abuso do poder na psicoterapia, na medicina, serviço social, sacerdócio e magistério**. São Paulo: Achiamé, 1979.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; OLIVEIRA, Aroldo Bueno de. **Intervenção estatal no domínio econômico: o papel histórico do Judiciário como implementador de políticas econômicas**. In "Ordem Econômica: poder público e iniciativa privada", Maria de Fátima Ribeiro, Paulo Roberto Pereira de Souza e Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira (orgs). São Paulo: Arte e Ciência, 2012.

FERREIRA, Verônica A. M. César. **Mudada a imagem, muda-se a realidade**. in "Boletim Juízes para a Democracia", n° 14, ano 4, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

NALINI, José Renato. **O juiz e suas atribuições funcionais. Introdução à deontologia da Magistratura**. In "Curso de Deontologia da Magistratura". José Renato Nalini (org). São Paulo: Saraiva, 1992.

PETERS, T; WATERMANS, R. **In search of excellence**. New York: Warner Books, 1982.

POVOA, José Liberato Costa. **Sua excelência o juiz: um cidadão comum**. in "Revista da OAB/GO 19/37", ano V, abril-junho/1991.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial**. São Paulo: Millenium, 2003.

RIBEIRO, Maria de Fátima; FLORY, Suely Fadul Villbor. **Políticas públicas tributárias, desenvolvimento e crise económica.** In "Estado e Crise Econômica: questões relevantes", Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Maria de Fátima Ribeiro (org). São Paulo: Arte e Ciência, 2011.

RÓBALO, Antonio. **Eficácia e eficiência organizacionais.** Revista Portuguesa de Gestão. 1995. Disponível em: [http://repositorio-iul.iscte.pt/bitstream/10071/1383/5/robalo\\_RPG\\_1995.pdf](http://repositorio-iul.iscte.pt/bitstream/10071/1383/5/robalo_RPG_1995.pdf), acesso em 18 de fevereiro de 2015.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVEIRA, Alípio. **A justiça inglesa hoje.** in RF 160/409.

VOLTARELLI, Júlio C. **Estresse e produtividade acadêmica.** Medicina (Ribeirão Preto. Online). V. 35, nº 4, 2002.

# LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

Eduardo Andrés Velandia Canosa<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Presidente de las asociaciones Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y Mundial de Justicia Constitucional; miembro del Instituto Colombiana de Derecho Procesal y de las asociaciones Argentina de Derecho Constitucional, Argentina de Derecho Procesal Constitucional, Brasileña de Derecho Procesal Constitucional y Panameña de Derecho Procesal Constitucional; profesor de Maestría en Derecho Constitucional en la Universidad Libre (Cali, Colombia) y de la UEES (Guayaquil, Ecuador); de la Maestría en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Argentina); de la Especialización en Derecho Constitucional en la UBA y de la Universidad Libre (Bogotá, Barranquilla y El Socorro); de la Especialización en Justicia Constitucional de la Universidad de Pisa (Italia).

## Introducción

En el paradigma del Estado Constitucional de Derecho la jurisdiccional constitucional (colombiana) tiene una misión multidimensional: (i) defender la supremacía constitucional dentro del sistema de fuentes del derecho, (ii) tutelar jurisdiccionalmente los derechos humanos consagrados en la Constitución; y, (iii) proteger los derechos humanos contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), reparando integralmente a las víctimas por la responsabilidad internacional del Estado y r ejerciendo control de convencionalidad.

El Estado Constitucional de Derecho impone la fuerza normativa de la Constitución, es decir, su imperativo cumplimiento, lo cual exige teorizar sobre un modelo de justicia constitucional que permita cumplir con la visión del nuevo paradigma, alejado del temor por la congestión de la jurisdicción constitucional, pero brindando un método que permita un verdadero control de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, una verdadera tutela jurisdiccional de los derechos constitucionales, dotando al juez ordinario de una competencia incidental para decidir sobre la inaplicación de la ley y la protección de los derechos fundamentales en los procesos a él asignados, logrando así la realización del proyecto constitucional adoptado por el constituyente. En efecto, esto podrá lograrse en un modelo integral de justicia constitucional multinivel o multidimensional, donde la naturaleza objetiva y subjetiva de la justicia constitucional sea una realidad.

Por lo expuesto es necesario analizar la tipología de los sistemas y modelos de justicia constitucional, con especial interés en los de carácter jurisdiccional. En efecto, para comprender el sistema colombiano, en necesario describir sintéticamente los sistemas y modelos jurisdiccionales de justicia constitucional. Pueden mencionarse modelos originarios: (i) el difuso; (ii) el dual y paralelo<sup>2</sup>; y, (iii) el concentrado y derivados: (i) el mixto; (ii) el híbrido; y, (iii) el integral<sup>3</sup>. En la introducción excluirémos el dual

y paralelo, el híbrido y el integral, por corresponder al modelo colombiano objeto de la presente investigación (histórico, actual y en perspectiva).

### El modelo difuso

Este modelo surge en el ámbito angloamericano y se caracteriza por no estar positivizado, ser de origen jurisprudencial, imponer a los jueces la obligación de efectuar una suerte de control de constitucionalidad sobre la ley aplicable al caso sometido a su competencia, defender el principio de supremacía constitucional de oficio o a petición de parte, cuya decisión produce efectos inter partes. En este modelo son paradigmáticos los casos *Thomas Bonham*, proferido por el juez Edwar Coke en Inglaterra (1610)<sup>4</sup> y *Marbury vs Madison*, decidido por el juez John Marshall en Estados Unidos (1803)<sup>5</sup>.

### El modelo concentrado

El modelo concentrado de justicia constitucional es clásico u originario de origen austriaco e ideado por el ilustre jurista vienes Hans Kelsen, quien pareciera realizar desde su perspectiva un perfeccionamiento a los modelos precedentes<sup>6</sup>. Los principales argumentos de su tesis podemos sintetizarlos así: (i) el control de constitucionalidad no se le puede confiar a cualquier juez y menos al ordinario, por no ser especialista en temas de justicia constitucional, por lo cual propone la creación del Tribunal Constitucional como juez especializado del control de la constitucionalidad de

mingo (Coord.), En torno al derecho procesal constitucional, Lima, Adrus e IIDC Sección Peruana, 2011, p. 127-159; Pegoraro, Lucio, Derecho constitucional comparado, Bogotá, Universidad Libre, 2011, p. 287-305; Capelletti, Mauro, ¿Jueces legisladores?, Lima, Communitas, 2010 y/o Tusseau, Guillaume, Para acabar con los "modelos" de jurisdicción constitucional, México, Porrúa, 2011.

4 Cfr. Rey Martínez, Fernando, "El Dr. Bonham's Case" y su aporte a la creación de la Judicial Review", en Manili, Pablo Luis (Coord.), *Marbury vs Madison. Reflexiones sobre una sentencia bicentenario*, México, Porrúa, 2111, p. 1- 21. Edward Coke es considerado como el precursor de este modelo, al decidir el caso *Thomas Bonham (Bonham's case)* en 1610. Cfr. Rivera Santiviáñez, José Antonio, *Temas de derecho procesal constitucional*, Cochabamba, Grupo Editorial Kipus, 2007, pág. 34.

5 Cfr. Carbonell, Miguel, "Marbury versus madison: el "descubrimiento" del control de constitucionalidad de las leyes, en Velandia Canosa, Eduardo Andrés (Ed. Acad.), *Anuario de derecho procesal constitucional: 2010*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. y ACDPC, 2010, p. 3-18.

6 Cfr. Kelsen Hans, *Jurisdição constitucional*, São Paulo, Martins Fontes, 2007.

2 Cfr. García Belaunde, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, pág. 129.

3 Sobre los sistemas y modelos de justicia constitucional, pueden consultarse a: Mezzetti, Luca, "Sistemas y Modelos de justicia constitucional en los albores del Siglo XXI", en García Belaunde, Do-

la ley, tesis que finalmente ha sido acogida por la mayoría de países del mundo. Pero adicionalmente este juez únicamente debe tener la competencia del control de constitucionalidad de la ley.

El primer argumento es una objeción al modelo difuso, así como a uno de sus modelos del sistema dual y paralelo o colombiano de 1910; el segundo argumento también corresponde a una objeción al modelo dual y paralelo, que otorgó a la Corte Suprema de Justicia de Colombia competencia constitucional para conocer de una acción abstracta de inexecutableidad, además de la competencia para conocer del recurso extraordinario de casación en materia civil y penal, también en 1910 (así no se diga expresamente). En el modelo concentrado la legitimación es restringida y no popular como en el sistema colombiano (dual y paralelo) y las decisiones producen efectos *erga omnes* o generales sobre las leyes federales y estatales.

### El modelo mixto

A partir de los citados modelos han surgido los mixtos y los híbridos. Los primeros inician en un modelo (el difuso) y terminan en otro (el concentrado), tal como ocurre con el control incidental de origen italiano. En este modelo el control se inicia por cualquier juez, pero finaliza con la decisión de la Corte o Tribunal Constitucional<sup>7</sup>. Nótese que en esta hipótesis se mezclan el modelo difuso con el concentrado, a diferencia del modelo dual y paralelo, donde coexisten los dos modelos sin mezclarse, con la advertencia, que el modelo dual y paralelo fue anterior al concentrado, ya que aquel data de 1910 y este de 1920. En el modelo italiano surgieron las sentencias interpretativas, como un claro avance de la justicia constitucional.

### El sistema colombiano de justicia constitucional

En Colombia pueden identificarse seis etapas: (i) la de ausencia de justicia constitucional, previa a 1811; (ii) la de control

7 Cfr. Romboli, Roberto, "El derecho procesal constitucional: una reflexión en torno al significado y valor de las reglas procesales en relación al modelo de justicia constitucional", en García Belaunde, Domingo (Coord.), En torno al derecho procesal constitucional, op. cit. p. 58 y 59.

político de constitucionalidad, entre 1811 y 1886<sup>8</sup>; (iii) la de control presidencial de constitucionalidad, a través de las objeciones por inexecutableidad a los proyectos de ley, entre 1886 y 1910 (art. 90 de la Constitución de 1886); (iv) la de control jurisdiccional, creando el modelo dual y paralelo de justicia constitucional, con la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia a la Cabeza del modelo por vía de acción y todos los jueces en el modelo por vía de excepción, que va desde 1910 hasta 1968; (v) en esta etapa se reafirma el modelo dual y paralela, pero aparece en la Corte Suprema de Justicia una Sala Constitucional, que va desde 1968 hasta 1991; y, (vi) la etapa actual, que ha consagrado un modelo híbrido, con una Corte Constitucional a la Cabeza, va desde 1991 hasta nuestros días. Dado el objeto de investigación, nuestro análisis se centrará desde la implementación del modelo dual y paralelo.

## El modelo dual y paralelo

Este modelo se consolidó en Colombia con el Acto Legislativo No. 3 expedido el 31 de octubre de 1910 (enmienda constitucional a la Constitución de 1886). En este modelo se concretaron paralelamente los siguientes sistemas de control de constitucionalidad: (i) uno que otorgó competencia al juez ordinario, para inaplicar la ley contraria a la Constitución en procesos no especializados de control de constitucionalidad; y, (ii) otro le atribuyó competencia a la Corte Suprema de Justicia como juez especializado para dirimir el conflicto suscitado entre el legislativo y el ejecutivo sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley; y, para conocer de la acción pública (popular) de inexecutableidad de

8 El artículo 9 de la Constitución de Cundinamarca del 4 de abril de 1811, en la cual se atribuyó el control de constitucionalidad a un Senado de Censura. "El objeto principal de este Senado, era el de velar por el cumplimiento de la Constitución e impedir que se atropellasen los derechos del pueblo y de los ciudadanos; mejor dicho, era una especie de Corte Constitucional actual": Olano García, Hernán Alejandro, La Constitución monárquica de Cundinamarca, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2006, p. 81.

la ley y los decretos expedidos por el ejecutivo, dando inicio al proceso especial de control de constitucionalidad<sup>9</sup>.

En efecto, por un lado se otorgó competencia al juez ordinario de aplicar en cada caso concreto los principios de supremacía constitucional y de control de constitucionalidad, toda vez que se elevó a canon constitucional lo que en Estados Unidos de Norteamérica se conoció como modelo difuso de control de la constitucionalidad, es decir, contempló por primera vez en una Constitución la denominada excepción de inconstitucionalidad, al establecerse en el artículo 40 del citado acto legislativo que “*en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales*”<sup>10</sup>. Este es un claro instrumento que permitió la inaplicación de la ley y la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por el juez ordinario.

Paralelamente se otorgó competencia a un juez especializado, anticipándose diez años al modelo propuesto por Kelsen, conocido como el modelo concentrado, ya que contempló en el artículo 41 del citado acto legislativo lo siguiente:

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

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación”<sup>11</sup>.

Lo expuesto significa que Colombia creó un modelo originario de control de la constitucionalidad dual y paralelo, toda vez

que coexistieron, uno ante la Corte Suprema de Justicia (propio del sistema que 10 años después diseñara Kelsen) y otro difuso pero de origen constitucional (que en Norteamérica se consolidó en el caso *Marbury versus Madison*). Sin lugar a dudas, esta ha sido uno de las más importantes contribuciones de Colombia al desarrollo científico del derecho<sup>12, 13</sup>.

## El modelo híbrido colombiano

Los modelos híbridos, son los que toman elementos de los tres sistemas originarios, pero sin ser coherentes con ninguno de ellos. En efecto, en estos modelos en la competencia objetiva se atribuye a más de un órgano el conocimiento de procesos de control de constitucionalidad, incluso siendo uno de ellos Corte Constitucional, deformando así el modelo de origen concentrado. Es el caso de Colombia, donde a pesar de haberse implementado desde 1991 una Corte Constitucional, simultáneamente se asignó competencia específica al Consejo de Estado para conocer de acciones de nulidad por inconstitucionalidad y a todos los jueces y funcionarios administrativos o de órganos de control extra-poderes para inaplicar la ley en procesos concretos.

En la competencia subjetiva, otorga competencia a todos los jueces para conocer de las garantías constitucionales, pero estableciendo una semiconcentración en algunas de ellas e impidiendo el conocimiento de algunas de ellas por la Corte Constitucional.

Esto no significa que el modelo colombiano implementado a partir de 1991 sea obsoleto o deficiente, toda vez que tiene as-

9 Cfr. Velandia Canosa, Eduardo Andrés, “Desafíos del derecho procesal constitucional”, en Velandia Canosa, Eduardo Andrés (Coord.), *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, VC Editores Ltda. y ACDPC, 2010, p. 35.

10 Cfr. Pombo, Manuel Antonio y Guerra, José Joaquín, *Constituciones de Colombia*, Tomo IV, estudio preliminar y anexo, Restrepo Piedrahita, Carlos, 4ª ed., Bogotá, Banco Popular, 1986, p. 326.

11 Cfr. Pombo, Manuel Antonio y Guerra, José Joaquín. *Constituciones de Colombia*. Op. cit., p. 326.

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

13 Cfr. Uribe Vargas, Diego, *Las constituciones de Colombia*, t. I, Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1977, p. 217; Valencia Villa, Hernando, *Cartas de Batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Panamericana Editorial, 2010, p. 64, 65; González Jácome, Jorge, *Entre la ley y la Constitución*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2007, p. 82.

pectos importantísimos que deben ratificarse, pero existen otros que deben afinarse, implementarse y derogarse.

En Colombia se sigue manteniendo su origen en un modelo dual y paralelo de justicia constitucional, ya que todos los jueces tienen competencia para inaplicar la ley en una especie de control difuso<sup>14</sup> y paralelamente se han creado procesos especiales de control de constitucionalidad: (i) la Corte Constitucional puede declarar la inexecutable de la ley, de los decretos con fuerza de ley, de los proyectos de ley estatutaria y de las reformas constitucionales por vicios de procedimiento en su formación<sup>15</sup>; (ii) al Consejo de Estado para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de los decretos cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, es decir, de los decretos reglamentarios de la ley, en general otorgó una competencia residual<sup>16</sup>; (iii) a los Tribunales y jueces administrativos para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de los actos administrativos de carácter general del orden departamental y municipal<sup>17</sup>; (iv) a todos los jueces y al Consejo Superior de la Judicatura para conocer de acciones de tutela protectoras de los derechos fundamentales<sup>18</sup>; (v) a todos los jueces para conocer de las acciones de *habeas corpus*<sup>19</sup>; a los jueces civiles y administrativos para tramitar las acciones populares y de grupo<sup>20</sup> y a los jueces administrativos asignó la acción de cumplimiento<sup>21</sup> (en general es un modelo confuso y no difuso<sup>22</sup>).

14 Cfr. Art. 4° de la Constitución Política.

15 Cfr. Art. 241 de la Constitución Política y Decreto 2067 de 1991.

16 Cfr. Art. 237 de la Constitución Política y Art. 135 del Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

17 Cfr. Inciso 2° y parágrafo del Art. 135 del Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

18 Cfr. Art. 86 de la Constitución Política y Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1282 de 2000.

19 Cfr. Art. 30 de la Constitución Política y ley 1095 de 2006.

20 Cfr. Art. 87 de la Constitución Política y ley 393 de 1997. Aunque debe advertirse que esta acción no es propiamente constitucional, mientras no sirva para controlar la inconstitucionalidad por omisión. Debe recordarse, que solamente sirve para cumplir la ley y el acto administrativo.

21 Cfr. Art. 88 de la Constitución Política y ley 472 de 1998.

22 Cfr. Tobo Rodríguez, Javier, La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999, p. 161.

## Modelo de inaplicación de la ley: excepción de inconstitucionalidad

Mediante esta institución se le otorga competencia a todos los jueces para inaplicar la ley contraria a la Constitución, así como a todos los funcionarios que deban tramitar procesos o procedimientos que resuelvan situaciones concretas, ratificando el conocido modelo difuso de control de constitucionalidad, ampliando incluso su competencia a funcionarios diferentes de los jurisdiccionales<sup>23</sup>. Este control de constitucionalidad se desarrolla a la luz del inciso primero del artículo 4° de nuestra actual Constitución, al decir que “[l]a Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

Este control consiste en la inaplicabilidad de una norma jurídica en un caso particular, singular o concreto, en el cual se discuta un derecho, cuando tal norma contradiga un precepto constitucional, produciendo efectos en el caso debatido o *inter partes*. Por regla general el juez o el funcionario debe aplicar la ley, pero si en ese caso en particular va en contra de la Constitución, por *excepción* debe aplicar directamente la norma superior e inaplicar la ley; por ello podemos encontrar casos donde se inaplique la ley a pesar de haber sido declarada constitucional por la Corte Constitucional, pero que se convierte en inconstitucional para el caso concreto.

Por lo anterior, debemos resaltar que la excepción de inconstitucionalidad está reservada únicamente a los funcionarios encargados de aplicar la ley mediante un debido proceso (art. 29 de la Constitución), bien sea judicial o administrativo, entendiendo por aplicación la operación que se realiza para llevar al caso concreto una norma de carácter abstracto, la cual es objeto de decisión o pronunciamiento.

De lo dicho podemos concluir que los competentes para aplicar la excepción de inconstitucionalidad no son únicamente los jueces, ni tampoco todas las autoridades, sino únicamente

23 Sobre este tema puede consultarse: Blanco Zúñiga, Gilberto A., De la interpretación legal a la interpretación constitucional, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2010, p. 184-190; Charry Ureña, Juan Manuel, la excepción de inconstitucionalidad, Bogotá, 1994.

aquellas autoridades que deban aplicar una norma general a un caso concreto, tales como los jueces, Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República, Fiscalía General de la Nación, superintendencias, DIAN o entidades que en momentos determinados deban aplicar sanciones disciplinarias.

Sin embargo, creemos que esta institución, carece de un método procesal o procedimiento para su aplicación, por lo que muchas veces no es utilizada, simplemente por no saberse cómo puede aplicarse o en otras ocasiones puede ser incluso la causa de la violación de los derechos fundamentales de las partes procesales por ser sorpresiva. En cuanto a la decisión judicial de este modelo, no cabe duda que debe ser a través de autos y no de sentencias, habida cuenta que se trata de una decisión incidental, con carácter prejudicial a la sentencia proferida dentro del proceso ordinario.

### Procesos de control de constitucionalidad de competencia objetiva

Cuando hablamos de competencia objetiva, nos referimos a los procesos de control normativo de constitucionalidad, cuya finalidad es depurar el ordenamiento jurídico permitiendo así la expulsión de las disposiciones inconstitucionales<sup>24</sup>.

### Control automático de constitucionalidad

Este control puede ser previo o posterior al acto, de conformidad con lo previsto por la Constitución y se le atribuyó su conocimiento exclusivamente a la Corte Constitucional, pero no tiene las características de una acción, habida cuenta de que no es necesaria una demanda para tramitar el proceso. Adicionalmente es importante resaltar que no se trata de un proceso de partes, es un claro proceso de jurisdicción voluntaria en materia constitucional. Por esta vía se tramitará:

#### Control previo de constitucionalidad:

24 Sobre los procesos constitucionales en Colombia, puede consultarse a Blanco Zúñiga, Gilberto Augusto, "Los procesos constitucionales. Una primera aproximación a sus características", en Competencias de consultorios jurídicos en los programas de derecho. Manual práctico, Barranquilla, Uninorte, 2004.

- Los proyectos de ley objetados por inconstitucionalidad por el presidente de la República, cuando el Congreso insiste en mantener el proyecto regulado en los artículos 167, inciso 3°. y 241, numeral 8°. de la C. N., así como por los artículos 23 a 35 del decreto 2067 de 1991<sup>25</sup>.
- Las leyes estatutarias. Se consagra en los artículos 153 y 241 numeral 8°, de la Constitución y por los artículos 39 y 40 del decreto 2067 de 1991<sup>26</sup>.
- Los tratados internacionales y las leyes que los aprueban. Este proceso se prevé en el artículo 241, numeral 10° de la Constitución. En estos procesos, indica el artículo 44 del decreto 2067 de 1991, que debe aplicarse lo ordenado para el control de los proyectos de ley estatutaria<sup>27</sup>.

#### Control previo a la ejecución de ciertos actos:

- Las leyes de convocatoria a un referendo reformativo de la Constitución. Se Contempla en el inciso 1° del artículo 378, en el numeral 2° del 241 de la Constitución y por el artículo 42 del decreto 2067 de 1991<sup>28</sup>.
- Acto de convocatoria a referendo de un acto legislativo. Consagrado en el artículo 377 de la norma superior.
- Leyes de convocatoria a una asamblea constituyente. Lo establece el inciso 1° del artículo 376 y numeral 2° del artículo 241 constitucional, así como el artículo 42 del decreto 2067 de 1991<sup>29</sup>.

*Control posterior de constitucionalidad:* están sujetos a este control los decretos legislativos expedidos por el gobierno nacional en desarrollo de las facultades extraordinarias para decretar:

- Estado de guerra exterior (art. 212 de la Constitución),

25 Cfr. Tobo Rodríguez, Javier, La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia, op. cit., pp. 200-203.

26 Cfr. Tobo Rodríguez, Javier, ibidem, pp. 209-215.

27 Ibidem, pp. 216-218.

28 Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-141 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, por medio de la cual se decide sobre la constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009 o de convocatoria a un referendo constitucional.

29 Cfr. Rey Cantor, Ernesto, Referendo, asamblea constituyente y Congreso, 2° ed., Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho, 2003.

- Estado de conmoción interior (art. 213 de la Constitución) y
- Estado de emergencia económica, social o ecológica (art. 215 de la Constitución)<sup>30</sup>.

### Control de constitucionalidad por vía de acción

A esta acción la doctrina la ha denominado *pública*, aunque su denominación debió ser "*acción popular*", ya que ella puede ejercerse por cualquier ciudadano en aras de mantener incólume el principio de supremacía constitucional dentro del sistema de fuentes del derecho en nombre e interés de todos (numerales 1, 4 y 5 del artículo 241 y numeral 1° del 242 de la Carta fundamental)<sup>31</sup>. Esta acción puede incoarse ante la Corte Constitucional o ante el Consejo de Estado y, en general, ante los despachos que conforman la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, así:

Competencia de la Corte Constitucional para conocer de las demandas contra:

- Los actos reformativos de la Constitución. Establece el numeral 1° del artículo 241 superior que contra estos actos sólo por vicios de procedimiento en su formación.
- Leyes. Indica el numeral 4° del citado artículo que por vicios de procedimiento en su formación y por su contenido material.
- Decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno en desarrollo del numeral 10° del artículo 150 constitucional, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación de conformidad con el numeral 5° de dicho artículo.
- Decretos-leyes expedidos por el gobierno para poner en vigencia los proyectos de ley sobre el Plan Nacional de Inversiones Públicas, de conformidad con el artículo

241, numeral 5°, en concordancia con el inciso 3° del artículo 341 de la Ley fundamental.

### Competencia de la jurisdicción contencioso administrativa:

- Prevé el numeral segundo del artículo 237 de la Constitución, que corresponde al Consejo de Estado conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno, cuya competencia no esté atribuida expresamente a la Corte Constitucional (competencia residual)<sup>32</sup>.
- Los tribunales administrativos del orden local, conocen de las demandas de nulidad por inconstitucionalidad contra los actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, tales como las ordenanzas departamentales y los decretos proferidos por los gobernadores (art. 135 del código procesal administrativo y de lo contencioso administrativo).
- Los jueces administrativos conocerán de las demandas de nulidad por inconstitucionalidad contra los acuerdos proferidos por los consejos municipales y los decretos proferidos por los alcaldes (art. 135 del código procesal administrativo y de lo contencioso administrativo).

### Procesos de control de constitucionalidad de competencia subjetiva

Cuando hablamos de competencia subjetiva, nos referimos a los procesos cuya finalidad es proteger los derechos constitucionales de la persona, es decir, se mira al sujeto, más no al objeto y son:

#### *Acción de hábeas corpus:*

- La denominada *jurisdicción constitucional de la libertad* o de las libertades, se dividió entre la acción de tutela y la acción de *hábeas corpus*, puesto que se consagraron individualmente. Esta acción quedó establecida

30 Cfr. Ortegón Ortegón, Luis Gilberto, Los estados de excepción y el control jurisdiccional en Colombia, Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho y ACDPC, 2011 y Sentencia proferida por la Corte Constitucional colombiana, C-070 de 2009, Ms.Ps. Humberto Antonio Sierra Porto y Clara Elena Reales Gutiérrez.

31 Cfr. Rodríguez Navas, Jaime Enrique, Dinámica del control de constitucionalidad en Colombia, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2006, pp. 55-113.

32 Cfr. Velandia Canosa, Eduardo Andrés, Teoría constitucional del proceso. Derecho procesal constitucional, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley y ACDPC, 2009, pp. 219-261.

únicamente para proteger el derecho fundamental de la libertad<sup>33</sup>.

#### Acción de tutela:

- Se consagró una acción encaminada a proteger, amparar o asegurar los derechos fundamentales de las personas naturales, jurídicas, patrimonios autónomos e incluso los nacituros, que se vulneraran o amenazaran por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso un particular que ejerza superioridad o control<sup>34</sup>

#### La acción de cumplimiento:

- Se ha incluido esta acción en el nuevo constitucionalismo colombiano, como uno de los mecanismos de protección y aplicación de los derechos y del orden jurídico, específicamente en lo que tiene que ver con la efectiva aplicación de la ley y de los actos administrativos<sup>35</sup>. Se cree que sin importar a qué jueces se les asignó su competencia (jueces que componen la jurisdicción de lo contencioso-administrativo en una defectuosa reglamentación), la acción forma parte de la jurisdicción constitucional, teniendo en cuenta su consagración directa en la norma superior. Sobre el particular ha dicho la doctrina que esta acción “tiene el mismo rango cons-

titucional y participa de muchos de los caracteres de la acción de tutela, amén de que constituye otro mecanismo de protección de los derechos constitucionales y particularmente de los derivados de la efectividad del orden jurídico, pues su objeto, de conformidad con una lectura exegética del texto constitucional, indicaría, *prima facie*, que se trata de una garantía constitucional tendiente a hacer efectivos los derechos derivados de las normas con fuerza material de ley y el cumplimiento de los actos administrativos, lo cual de entrada permite otear el amplio panorama de aplicación y utilización”<sup>36</sup>. No obstante, se considera que esta acción puede también controlar la inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, a pesar de que la Corte Constitucional auto-negó su competencia.

#### La acción popular y de grupo:

- Esta acción no es novedosa en nuestro ordenamiento, por cuanto se había consagrado en los artículos 91, 992, 994, 1005, 2355 y 2359 del Código Civil, así como en el 36 del decreto-ley 3466 de 1982 o antiguo Estatuto del Consumidor, en el 8° de la ley 9ª. de 1989 o Ley de Reforma Urbana y en el decreto 2303 de 1989. Empero, se elevó en 1991 a rango constitucional tal como se evidencia de la lectura del artículo 88 de la Constitución, el cual fue reglamentado mediante la ley 472 de 1998<sup>37</sup>. A pesar de ser civil el origen de esta acción, por la transformación de nuestro nuevo ordenamiento jurídico a partir del 4 de julio de 1991 en un Estado Constitucional, deben incluirse dentro del derecho procesal constitucional, por su naturaleza y por haberlo querido así el constituyente, al darle el calificativo de acciones protectoras directas de los derechos constitucionales, junto a la acción de cumplimiento y a la de tutela<sup>38</sup>.

33 Artículo 30 de la Constitución: “Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el hábeas corpus, el cual debe resolverse en el término de 36 horas”.

34 Artículo 86 de la Constitución: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

35 Artículo 87 de la Constitución: “Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”. Reglamentado por la ley 393 de 1997.

36 Cfr. Velandia Canosa, Eduardo Andrés, “La acción de cumplimiento en Colombia”, en Manili, Pablo Luis (Direc.), Tratado de derecho procesal constitucional, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 277-313.

37 Cfr. Correa Henao, Néstor Raúl, Derecho procesal de la acción popular, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez y Universidad Javeriana, 2009.

38 Cfr. López Cárdenas, Carlos Mauricio, La acción de grupo. Reparaciones por violación a los dere-

## EL MODELO INTEGRAL: LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL MULTIDIMENSIONAL

Pensar en perspectiva la justicia constitucional para Colombia, implica partir del modelo originario que creamos, es decir, el dual y paralelo. Esto significa que debe implementarse: (i) la creación de una jurisdicción constitucional especializada por niveles, ante la cual se tramiten los procesos de control de constitucionalidad; (ii) la implementación de un control incidental de constitucionalidad, que se pueda tramitar ante todos los jueces o funcionarios que tramiten procesos judiciales o administrativos, para inaplicar la ley inconstitucional, con la posibilidad de una impugnación ante la jurisdicción constitucional; y, (iii) ratificar el modelo supranacional de justicia constitucional ejercido por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

### Jurisdicción constitucional especializada

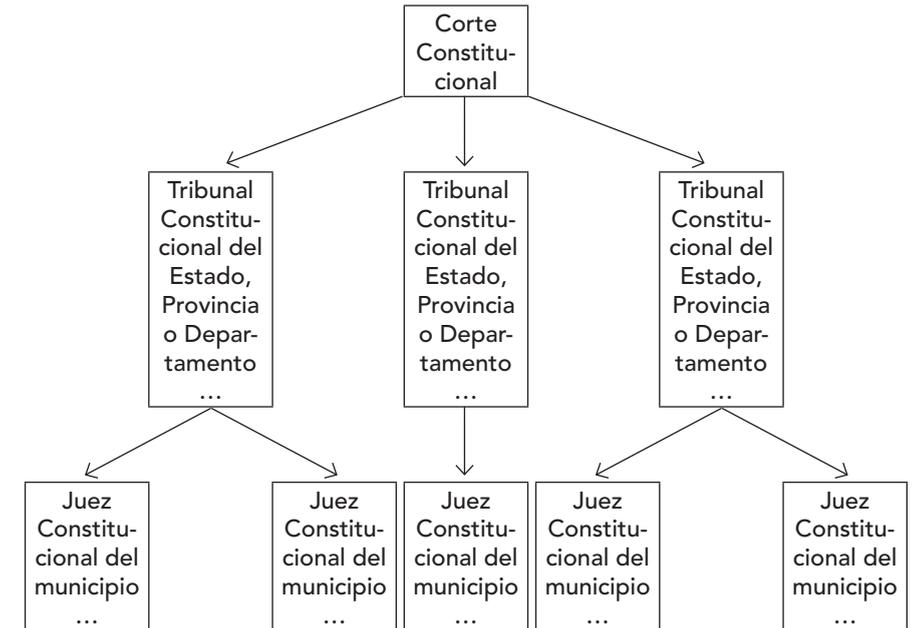
La justicia constitucional responde a los principios de subsidiaridad, residualidad y complementariedad, es decir, si existen otros medios de defensa judicial, serán tales instrumentos los que previamente deberán utilizarse, a menos que se utilice como mecanismo transitorio.

Sí existen los procesos constitucionales (acciones)<sup>39</sup>, estos deben tramitarse ante una jurisdicción constitucional (especializada, como ocurre con otras ramas del derecho), con el objeto la defensa de la supremacía constitucional y la defensa de los derechos humanos, es decir, con una competencia objetiva y una subjetiva.

chos humanos, Bogotá, Universidad del Rosario, 2011.

39 Cfr. Pérez Trempe, Pablo, Los procesos constitucionales. La experiencia española, Lima, Palestra, 2006; Blume Fortini, Ernesto, El proceso de inconstitucionalidad en el Perú, Lima, Adrus e IIDC Sección Peruana, 2009; Rey Cantor, Ernesto, El derecho procesal constitucional, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. y ACDPC, 2010, p. 62-120; Ruggeri, Antonio, "En busca de la identidad del "derecho procesal constitucional"", en García Belaunde, Domingo (Coord.), En torno al derecho procesal constitucional, Lima, Adrus e IIDC Sección Peruana, 2011, p. 19-25; Blanco Zúñiga, Gilberto Augusto, "Los procesos constitucionales. Una primera aproximación a sus características", en Competencias de consultorios jurídicos en los programas de derecho. Manual práctico, op. Cit., entre otros.

De conformidad con lo expuesto, deben identificarse los procesos constitucionales, luego la estructuración de una jurisdicción constitucional multinivel, la distribución del poder de decisión constitucional entre las diferentes autoridades de la jurisdicción constitucional y por supuesto el acceso a tal jurisdicción.



### Competencia objetiva

Esta competencia tiene por objeto defender la supremacía constitucional dentro del sistema de fuentes del derecho, con efectos de la sentencia son erga omnes. En efecto, siguiendo la tradición colombo venezolana, escuela a la cual nos adscribimos, consideramos acertado el modelo de legitimación popular de acceso a la justicia constitucional, en virtud del cual, cualquier ciudadano puede presentar una demanda de inconstitucionalidad contra cualquier disposición del ordenamiento jurídico de carácter general, impersonal y abstracto. Compartimos este esquema, como quiera que la misión de la jurisdicción constitucional es la de ser el guardián de la Constitución, sin importar la manera en que ella se pone en funcionamiento o actividad y porque si el pueblo puede ser constituyente primario, es decir, puede crear la Constitución, también debe tener el poder de plantear la fiscalización de su cumplimiento.

En este orden de ideas, si un ciudadano pretende iniciar el proceso de control de constitucionalidad de una norma del orden nacional, tal como sucede con: (i) la ley; (ii) el decreto-ley: lo profiere el Poder Ejecutivo, por delegación del legislador, con la misma fuerza vinculante de la ley; (iii) los decretos reglamentarios de la ley, expedidos por el gobierno nacional; (iv) la omisión absoluta del legislador frente a mandatos expresos del constituyente, para lo cual deberá aplicarse la acción de cumplimiento constitucional; (v) para controlar las omisiones legislativas relativas inconstitucionales, podrá iniciarse la acción de cumplimiento constitucional o a través de la acción de inconstitucionalidad; y, (vi) la acción de cumplimiento por la omisión constitucional en el diseño y aplicación de políticas públicas, instrumento que servirá para la efectividad en abstracto de los derechos económicos, sociales y culturales (conocidos como derechos humanos de segunda generación) deberá presentar la demanda ante la Sala de Defensa de la Supremacía Constitucional de la Corte Constitucional.

Ahora, si este conflicto sobre la vulneración del principio de supremacía constitucional se presenta a nivel departamental, estatal, provincial o regional, la competencia para conocer de estos procesos no debe ser la Corte Constitucional, sino tribunales con competencia territorial estatal, departamental, provincial o regional, debido a que la norma que vulnera el principio de supremacía constitucional no es nacional sino como ya se dijo, local. En la experiencia colombiana puede expedirse: (i) ordenanzas departamentales por la Asamblea Departamental; (ii) decretos generales por el Gobernador departamental; (iii) decretos o reglamentos de carácter general por entidades descentralizadas; y, (iv) la omisión por el representante de la entidad territorial local en el diseño e implementación de políticas públicas departamentales, para lo cual podrá utilizarse la acción de cumplimiento constitucional, cuyo funcionamiento es objeto de otro estudio. Nótese que este nuevo nivel propuesto de justicia constitucional, acerca la efectividad real de la Constitución, sin congestionar a la Corte Constitucional.

Este mismo conflicto frente a la defensa de la Constitución puede trasladarse a nivel municipal, lo cual se presenta cuando: (i) un consejo municipal expide un acuerdo municipal; (ii) el alcal-

de municipal o alguna entidad descentralizada profiere decretos generales; y, (iii) cuando el ejecutivo a nivel municipal omite el diseño e implementación de políticas públicas.

Así mismo deben adelantarse otros procesos de manera automática en los diferentes niveles. Esto se presenta cuando el constituyente de antemano dispone la activación de la justicia constitucional en casos especiales, de la misma manera explicada en el capítulo anterior.

Igualmente, esta jurisdicción especializada deberá conocer de las impugnaciones en los incidentes de control de constitucionalidad tramitados con ocasión de la competencia objetiva.

### Competencia subjetiva

Esta competencia tiene por objeto proteger los derechos humanos vulnerados o amenazados en casos concretos. Lo expuesto significa que deben crearse algunos procesos (no en exceso) que permitan la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución, con excepción de los sociales vulnerados en abstracto por no diseñarse o no implementarse alguna política pública, por corresponder a la competencia objetiva, toda vez que corresponde a la concreción normativa del proyecto constitucional. Empero, si la ausencia de una política pública se concreta en la amenaza o vulneración de un derecho fundamental, ahí sí deberá utilizarse un proceso que proteja un derecho individual.

En este orden de ideas, consideramos que deben mantenerse los siguientes instrumentos, procesos o garantías constitucionales: (i) la acción de tutela, utilizada para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados en casos individuales y concretos. Consideramos que esta debe ser la única acción procesal constitucional, para proteger los derechos fundamentales, para no convertir la vía procesal en un "laberinto procesal", toda vez que su esquema procesal permite proteger el derecho a la libertad, tradicionalmente defendido mediante el *habeas corpus*, o el derecho al buen nombre, información o libertad de expresión, garantizado con la acción de *habeas data*; (ii) la acción popular o amparo colectivo, utilizable para defender el derecho fundamental al medio ambiente, los derechos difusos y

en general los denominados derechos humanos de tercera generación; y, (iii) la acción de grupo o acción de clase, necesaria para reparar los derechos humanos vulnerados definitivamente a grupos potencialmente superiores a 20 personas.

Así por ejemplo, si se vulnera un derecho fundamental por una autoridad nacional, deberá interponerse la acción de tutela ante la Sala que defiende los derechos fundamentales en la Corte Constitucional (si la parte pasiva es del orden nacional, el juez debe tener competencia en el orden nacional), con la posibilidad de interponerse un recurso extraordinario ante la Sala Plena de la misma Corte, bajo el esquema de causales taxativas. Si el derecho lo ha vulnerado una autoridad regional, estatal, provincial o departamental, será competente para tramitar esta acción de tutela el tribunal constitucional con competencia en el lugar donde se ha vulnerado o amenazado el derecho. Si el accionado es una autoridad del orden municipal, el competente será el juez constitucional con competencia en el lugar donde se ha vulnerado el hecho. Consideramos que también podrá utilizarse esta garantía para defender los derechos fundamentales vulnerados a particulares, evento en el cual el competente será el juez constitucional, con apelación ante el tribunal constitucional y con la posibilidad de un recurso extraordinario ante la Corte Constitucional.

En tratándose de derechos colectivos, el amparo colectivo (denominado en Colombia acción popular) deberá interponerse de la siguiente manera: (i) si el accionado es una autoridad del nivel nacional, será competente la Sala que defiende los derechos colectivos de la Corte Constitucional; (ii) si el demandado es autoridad del orden departamental, será competencia del tribunal constitucional del lugar donde se vulnera o amenaza el derecho; (iii) si la violación o amenaza del derecho es una autoridad municipal, será competencia del juez municipal del lugar; y, (iv) si el accionado es un particular, será competencia del juez. En todos los casos con posibilidad de apelación y recurso extraordinario ante la Corte Constitucional.

Finalmente tenemos la acción de grupo o de reparación integral de los derechos humanos vulnerados definitivamente a grupos superiores en potencia a veinte personas. En estos casos la acción se interpondrá así: (i) si el responsable es autoridad nacional, la

competencia será de la Corte Constitucional; (ii) si el accionado es autoridad del orden departamental, será competencia del tribunal constitucional del lugar donde ocurrieron los hechos; (iii) si por el contrario se demanda a una autoridad municipal, el competente será el juez constitucional del lugar donde ocurrieron los hechos; y, (iv) cuando se trate de acciones en contra de un particular será competencia del juez del lugar de los hechos. Igualmente con la posibilidad de recurso ordinario de apelación y extraordinario de revisión, que serán materia de otro estudio.

También deberá conocer de las impugnaciones en los incidentes de control de constitucionalidad tramitados con ocasión de la competencia subjetiva.

Finalmente deberá contemplarse también un nivel o dimensión supranacional de la justicia constitucional, cuya competencia se otorgue directamente en la Constitución y tenga por objeto proteger los derechos humanos contemplados en la CADH, cuando ello no se realice, no sea posible o su decisión se dilate injustificadamente o si su vulneración es irreversible, se obtenga una reparación integral. En el continente americano esta dimensión de la justicia constitucional le corresponde a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>40</sup>.

## Control incidental de constitucionalidad o de convencionalidad

La doctrina del derecho procesal es unánime en considerar, que un incidente se tramita cuando debe resolverse algún asunto accesorio o diferente al planteado en la pretensión<sup>41</sup>. La contro-

40 Cfr. Velandia Canosa, Eduardo Andrés y Beltrán Grande, Diana Johanna, "La justicia constitucional y su modelo transnacional", en Velandia Canosa, Eduardo Andrés (Direc. Cient.), Derecho procesal constitucional, t III, Vol. I, Bogotá, VC Editores Ltda. y ACDPC, 2012, P. 101-137.

41 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, Introducción al derecho procesal constitucional, Santiago de Querétaro, Fundap, 2002, p. 33; Cappelletti, Mauro, La pregiudizialità costituzionale del processo civile, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 50-59.). El profesor mexicano citado indica que "...siempre que la cuestión respectiva sea planteada por las partes o por el juez que conozca de una controversia concreta, lo que de manera incorrecta se ha calificado como "vía de excepción", pero que los procesalistas italianos han denominado con mejor técnica como "cuestión prejudicial" (incorpora la misma cita de Cappelletti) si se toma en cuenta que el problema de la inconstitucionalidad debe considerarse

versia de competencia objetiva o subjetiva de constitucionalidad dentro de un proceso ordinario, a pesar de ser muy importante, no deja de ser accesoria a la pretensión del proceso, razón por la que deberá resolverse en una vía incidental prejudicial a la sentencia. Esto significa, que deberá adelantarse antes de la sentencia definitiva, so pena de precluir la oportunidad, a menos que la vulneración constitucional se produzca en la sentencia o se declare la nulidad de la misma por el juez superior, quien deberá ordenar el trámite incidental, para que cumplido lo anterior se profiera la sentencia de mérito.

Este incidente se caracteriza por ser competencia de los jueces de la jurisdicción ordinaria y/o de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (en adelante jueces ordinarios), los funcionario del poder ejecutivo e incluso particulares responsable de tramitar un proceso jurisdiccional o administrativo.

Jurisdiccionalmente, este incidente tiene por objeto tramitar una cuestión de constitucionalidad dentro de los procesos tramitados ante la jurisdicción ordinaria y/o de lo contencioso administrativo (en adelante proceso ordinario) e incluso de la constitucional. Dicho de otra manera, este incidente tiene por objeto efectuar una suerte de control concreto de constitucionalidad, por el juez ordinario, cuando surja una controversia constitucional de carácter objetivo o subjetivo.

Resulta imprescindible tramitar este incidente de control de constitucionalidad, ya que determinar si una ley es inaplicable en el caso concreto, así como la vulneración de los derechos fundamentales de las partes en el proceso ordinario, debe ser prejudicial o anterior a la sentencia que le pone fin a tal proceso, es decir, se trata de una decisión "*incidenter tantum*"<sup>42</sup>.

---

como un aspecto incidental (desde el punto de vista procesal) de la controversia principal en la cual se plantea".

42 Cfr. Devis Echandía, Hernando, *Teoría general del proceso*, 3ª ed., Buenos Aires, Editorial Universidad, 2004, p. 489. El citado autor indica que "[s]e entiende por decisiones *incidenter tantum* las que deben ser adoptadas en el curso del proceso y antes de la sentencia que le pone fin a la instancia (entre nosotros mediante autos interlocutorios y en Italia por las llamadas sentencias interlocutorias) sobre cuestiones que las partes proponen y cuya decisión previa es indispensable para llegar normalmente a la sentencia, pero sin valor de cosa juzgada. Tales decisiones preparan el pronunciamiento de la sentencia para que sea posible. Es lo que Chiovenda y Menestrina llaman "cuestiones prejudiciales", que se resuelven por incidente u otros trámites previos sin efectos de cosa juzgada".

Sin embargo, en Colombia no se ha establecido un procedimiento o método claro de aplicación judicial, lo cual ha llevado a un escaso número de decisiones de excepción de inconstitucionalidad o de protección de los derechos fundamentales directamente en el proceso, toda vez que las partes no saben cómo proponerlo y el juez no sabe cómo iniciarlo, tramitarlo ni resolverlo. Esta ausencia de procedimiento ha impedido que se desarrolle un verdadero incidente de control de constitucionalidad como debería ser y ha generado una suerte de inseguridad para las partes, como quiera que la excepción de inconstitucionalidad (inaplicación de la ley inconstitucional) se decreta en la sentencia.

En tratándose de protección de los derechos fundamentales de las partes en el proceso, también se ha desaprovechado este valioso instrumento procesal, por lo que se ha venido utilizando la acción de tutela contra providencias judiciales, la cual ha generado los denominados "*choques de trenes o guerras entre cortes*", inseguridad jurídica por atentarse contra el principio de la cosa juzgada, pero sobre todo a puesto al juez, director del proceso, como demandado en otro proceso (constitucional). Por lo expuesto, la presente investigación tiene por objeto evidenciar la necesidad de adelantar el citado incidente en el proceso ordinario y analizar el carácter de su decisión.

Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, determinó que todos los jueces de derecho interno, deberán realizar una suerte de control de convencionalidad entre la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) y las normas de derecho interno<sup>43</sup>, incluso *ex officio*<sup>44</sup>. De conformidad con lo expuesto, si una norma de derecho interno contradice la CADH, deberá preferirse esta, razón por la cual, creemos que debe para tal efecto adelantarse el mencionado incidente de control, en este caso de convencionalidad.

---

43 Caso Almonacid Arellano contra Chile, 2006. Allí se declaró la invalidez del decreto de amnistía (ley 2191 de 1978), que se refería al perdón de los crímenes realizados en la época de Pinochet, entre 1973 y 1978. Cfr. Ferrer Mac-Gregor, "La inconstitucionalidad por omisión", en Manili, Pablo Luis (Coord.), *Marbury vs Madison*, op. cit., p. 106.

44 Caso Trabajadores cesados del Congreso contra Perú.

En conclusión, la consagración de un incidente de control de constitucionalidad, equivale a dotar al proceso ordinario de un método o procedimiento necesario para lograr la efectividad de la justicia constitucional por los jueces no especializados en esta materia, el cual creemos debe ser sumario, oral y concentrado, con el fin de hacer de esta justicia una justicia real acorde con el Estado Social de Derecho[s].

### Naturaleza objetiva del control incidental de constitucionalidad o de convencionalidad

El incidente de control de constitucionalidad será de carácter *objetivo*, cuando el objeto del mismo sea inaplicar una ley, exclusivamente en el caso concreto, cuya decisión final produce efectos inter partes<sup>45</sup>.

No debe olvidarse que la ley (en general las normas con rango de ley) están amparadas por el principio de presunción de constitucionalidad, según el cual se reputan constitucionales, mientras la autoridad competente no la declare inconstitucional<sup>46</sup>. Lo expuesto significa que todos los jueces o funcionarios deberán aplicar la ley que no haya sido declarada inconstitucional, so pena de incurrir en prevaricato por omisión. Incluso, la no aplicación de la ley es causal para adelantar los llamados recursos extraordinarios, tales como la casación.

No obstante lo anterior, puede suceder que una ley sea inconstitucional solamente en el caso particular o concreto, dadas las vicisitudes del proceso, o porque aún no ha sido demandada ante la Corte Constitucional (en el caso colombiano). En estos eventos el juez por excepción no aplica la ley que se presume constitucional, precisamente por ser inconstitucional en el caso concreto, por tal razón se le ha denominado "*excepción de*

*inconstitucionalidad*"<sup>47</sup>. Para llegar a esta conclusión, debe adelantarse un debido proceso que permita a las partes y terceros presentar argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley objeto del incidente, así como una decisión específica y especializada de constitucionalidad, donde los argumentos y razonamientos sean contundentes.

En efecto, cuando no se toma una decisión prejudicial "*incidenter tantum*", en materia constitucional dentro de un proceso ordinario, origina una falta de claridad o desorden jurídico en la sentencia. Recuérdese que la sentencia en el proceso ordinario, debe referirse a las excepciones y pretensiones (principio de congruencia), pero cuando se aplica la excepción de inconstitucionalidad directamente en la sentencia, el objeto de la misma será la inaplicación de la ley inconstitucional. Cuando esto sucede, se presentan varios problemas, que resaltaremos a continuación.

El primer problema jurídico procesal, es que la sentencia vulnera el principio de congruencia, por ello es que debe tramitarse previamente a la sentencia un incidente de control de constitucionalidad, en el cual el juez realice dicho control de constitucionalidad de la ley para el caso concreto, de tal suerte que cuando deba proferir la sentencia, la misma únicamente se refiera al problema ordinario definido por la pretensión y excepción, toda vez que la controversia constitucional o cuestión de confrontación de constitucionalidad de la ley ya fue resuelto. Ahora, si resuelve la cuestión de constitucionalidad primero y luego las pretensiones y excepciones, ¿la apelación se referirá a los dos problemas?, ¿quién los resuelve? Por ello es que previamente deberá resolverse el problema constitucional.

El segundo problema presentado, es que no existe (al menos en este modelo) la posibilidad de ejercer una defensa de la constitucionalidad de la ley, toda vez que la sentencia solamente declaran la excepción de inconstitucionalidad, pero al ser en la providencia final, resulta imposible defender la constitucionalidad de tal ley.

45 Este incidente es diferente del modelo italiano. Cfr. Rolla, Giancarlo, Justicia constitucional y derechos fundamentales, Lima, Grijley e IIDC (Sección Peruana), 2008, capítulo titulado "juicio de legitimidad constitucional en vía incidental y tutela de los derechos fundamentales, pp. 89-123.

46 Corte Constitucional (Italia o Colombia), Tribunal Constitucional (Alemania, España o Perú), Salas Constitucionales en la Corte Suprema de Justicia o Tribunal Supremo de Justicia (Costa Rica, Venezuela o Colombia entre 1968 y 1991), Cortes Supremas que actúan como Tribunal Constitucional (México o Argentina). Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Los tribunales constitucionales en Iberoamérica, Santiago de Querétaro, Fundap, 2002.

47 En el derecho italiano o español, al decir de Piero Calamandrei, "el juez ordinario es la puerta de entrada a la jurisdicción constitucional", es decir, no tiene poder de decisión, sino el poder de accionar la jurisdicción constitucional. En Colombia en cambio, el juez ordinario si tiene poder de decisión.

El anterior problema es el origen del tercero de los evidenciados, el cual se presenta cuando la excepción de inconstitucionalidad se aplica en una sentencia susceptible de apelación. ¿Qué se apela: (i) el tema ordinario; o, (ii) el tema constitucional? En esta hipótesis el apelante en principio descuida el tema ordinario, porque tendrá que argumentar por qué la ley inaplicada sí era constitucional. ¿Si lo expuesto llega a prosperar, qué pasa con el tema ordinario, es decir, con el tema relacionado con la pretensión-excepción? La respuesta es evidente, se profiere una sentencia que no resuelve el problema jurídico planteado en el proceso. ¿Debe el juez de segunda instancia resolverlo? Creemos que no, porque en definitiva no habría en realidad una sentencia de primera instancia, ya que ella no se fundamentaría en la ley aplicable al caso, es decir, nunca se resolvió el problema y el juez de segunda instancia sería en realidad el de primera, lo cual vulneraría otro derecho fundamental constitucional: el de la doble instancia, toda vez que esta última decisión tendría el carácter de segunda instancia, pero en verdad sería de primera. Ello si se acepta la apelación, como quiera que la doctrina especializada indica que “*la decisión no se podrá recurrir ante juez o tribunal superior*”<sup>48</sup>, tesis que no podemos compartir.

Un cuarto problema lleva a confundir el tema de la excepción de inconstitucionalidad con el principio *iura novit curia*. En efecto, este principio permite al juez cambiar el fundamento jurídico de la pretensión y será constitucional, cuando el fundamento jurídico de la sentencia es constitucional, mientras que el fundamento de la pretensión es legal e inconstitucional. Esto puede suceder cuando se demanda la nulidad de un acto administrativo con fundamento en la ilegalidad de la ley base del acto administrativo, pero el juez resuelve declarar la nulidad del acto con fundamento en su inconstitucionalidad y no en la supuesta ilegalidad argumentada en la demanda. Esto es posible, toda vez que la Constitución es ley de leyes, a pesar de enseñarse que la justicia administrativa es regada; cuando la Constitución pueda fundamentar una decisión, la misma debe aplicarse, pero reitera-

mos, aquí hablamos de la aplicación constitucional del principio *iura novit curia*, no de una “*excepción de inconstitucionalidad*”<sup>49</sup>.

Así mismo, alguna parte de la doctrina concibe a la excepción de inconstitucionalidad como “*un medio de defensa*”, tal vez porque desde la teoría general del proceso así se identifica el concepto excepción<sup>50</sup>. Esta tesis no la podemos compartir, toda vez que dejaría sin posibilidades constitucionales al demandante y a los terceros en un proceso y restringiría su ejercicio al término establecido para el traslado de la demanda.

Por ello reiteramos que la excepción de inconstitucionalidad, debe ser el fundamento de una decisión prejudicial que permite remover un obstáculo legal, que conduzca a una decisión inconstitucional, tal vez una sentencia inhibitoria, la cual negaría derechos constitucionales como el de acceso a la justicia o el de primacía del derecho sustancial.

Por ejemplo, en el proceso civil de pertenencia es obligatoria la diligencia de inspección judicial en el predio objeto del proceso, pero si tal proceso versa sobre un inmueble que esté cubierto de agua o inundado por existir allí una represa, cuando se deba realizar la diligencia mencionada, salta a la vista la imposibilidad fáctica para ello, por estar el terreno objeto del proceso en la profundidad de las aguas. ¿Qué pasa si la diligencia no se puede realizar? Frente a esta situación el juez podrá proferir una sentencia inhibitoria, argumentando que le ley obligaba a realizar la diligencia de inspección judicial previa a la sentencia y que como fue imposible no podrá resolver de fondo la pretensión formulada.

Este sería un ejemplo donde debe tramitarse el incidente de control de constitucionalidad, toda vez que deberá removerse el obstáculo que impide dictar sentencia, es decir, debe inaplicarse únicamente en este caso la ley (artículo 407 del Código de Procedimiento Civil) y aplicando directamente la Constitución en lo referente al acceso a la justicia y la primacía del derecho sus-

48 Rey Cantor, Ernesto, El derecho procesal constitucional, op. cit., p. 116.

49 Es necesario reiterar que, cuando en aplicación directa de la Constitución, se varía el fundamento indicado por el actor, no hablamos de un control de constitucionalidad por vía de excepción, sino de la aplicación del principio *iura novit curia*.

50 Cfr. Blanco Zúñiga, Gilberto A. De la interpretación legal a la interpretación constitucional, op. Cit., p. 184; Esguerra Portocarrero, Juan Carlos, La protección constitucional del ciudadano, 5ª reimp., Bogotá, Legis, 2012, pp. 429-434.

tancia sobre las formalidades (art. 229 de la Constitución), pero previamente a la sentencia y mediante trámite incidental<sup>51</sup>.

Ahora, si el proceso de confrontación es entre la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y una norma de derecho interno, también deberá tramitarse este incidente y su nombre será incidente de control de convencionalidad; en realidad también de constitucionalidad, debido al bloque de constitucionalidad, pero si la controversia es entre una norma constitucional y una convencional, ahí sí será propiamente un incidente de control de convencionalidad.

### Naturaleza subjetiva del incidente de protección constitucional

El incidente de control de constitucionalidad será de carácter *subjetivo*, cuando se pretende proteger algún derecho fundamental de las partes en el proceso ordinario, cuya decisión final produce efectos inter partes.

Este incidente puede ser la solución al traumático problema relacionado con la acción de tutela (amparo) contra providencias judiciales, causa de una metamorfosis nefasta: *“se pasa de un juez director del proceso ordinario a un juez demandado en un proceso constitucional”*.

Y es nefasta esta metamorfosis, toda vez que se induce al juez a pensar como demandado y para nadie es un secreto, que las partes en un proceso defienden su causa incluso en contra de la verdad, es decir, se ha puesto al juez a presentar argumento falaces e incluso mentirosos, hipótesis que ni siquiera puede analizarse sobre el juzgador. Por ello ningún juez en una acción de tutela a reconocido haber vulnerado alguno de los derechos fundamentales del accionante y menos se preocupa por su protección, a pesar de la contundencia de las pruebas, lo cual es lógico, toda vez que ha sido acusado de arbitrario y si lo reconoce, deberá compulsársele copias para que se investigue penal y

disciplinariamente. Y decimos que es nefasto, porque *“no puede inducirse al juez a pensar como litigante, ni al litigante podrá convertirse en juez transitoriamente”*, como lo proponía la fracasada reforma a la justicia en Colombia.

Igualmente, ha sido desafortunada la posición que debe asumir la parte accionante, toda vez que para que prospere una acción de tutela contra una providencia judicial, debe presentarse una arbitrariedad judicial, lo cual lleva a todo accionante a argumentar en su escrito introductorio, que el juez ha sido arbitrario y que ha vulnerado el derecho fundamental al debido proceso, es decir, incluso se induce y permite al litigante faltarle al respeto al juez, lo que contribuye a la degeneración del sistema judicial; pueden discutirse los argumentos presentados por el juez en sus providencias, pero no faltársele al respeto.

Por lo expuesto, si una parte ve que se le está vulnerando o amenazando uno de sus derechos fundamentales o humanos en el proceso ordinario, deberá solicitar su protección, tutela o amparo mediante la presentación de un escrito introductorio del incidente de protección constitucional o convencional, en vez de iniciarse una acción independiente de tutela, se tramitará y decidirá en una audiencia oral y concentrada, cuya decisión podrá impugnarse ante la jurisdicción constitucional especializada.

La competencia subjetiva, reiteramos, se presenta cuando una de las partes o un tercero en el proceso en el ordinario, ve vulnerado o amenazado uno de sus derechos fundamentales (generalmente el derecho al debido proceso), por lo que podrá formular dicho incidente para solicitar al juez como director del proceso su protección, cumpliendo los términos que se explicarán. Si no se protege los derechos en el auto que decida el incidente en primera instancia, podrá formularse una impugnación, el cual será tramitada y resuelta en segunda instancia por la jurisdicción constitucional especializada.

Si se acoge nuestro planteamiento, se acabarán las acciones de tutela contra providencias judiciales, ya que el instrumento procesal de protección de los derechos fundamentales en el proceso ordinario, será el incidente de protección constitucional.

<sup>51</sup> Se denomina excepción de inconstitucionalidad, ya que por regla general el juez siempre deberá aplicar la ley, so pena de verse involucrado en un prevaricato por omisión, pero excepcionalmente podrá inaplicar la ley inconstitucionalidad. Se considera que para no incurrir en una vía de hecho, debe adelantarse tal incidente y en el fallo del mismo argumentarse razonadamente la decisión.

## Trámite del incidente de control de constitucionalidad y/o de protección constitucional o convencional

De conformidad con lo expuesto, el incidente de control de constitucionalidad o de convencionalidad deberá contemplar dos fases: (i) *escrita*, contentiva de la iniciación del incidente, avocación de la competencia y contradicción; y, (ii) *oral*, correspondiente a una audiencia concentrada de decisión, donde se exhibirán las pruebas, se presentarán los argumentos de conclusión y se proferirá la decisión interlocutoria que resuelva de fondo el incidente<sup>52</sup>. Este incidente deberá ajustarse a los siguientes actos procesales:

### Iniciación del incidente

Podrá iniciarse de oficio o a petición de parte en cualquier etapa del proceso, anterior a la terminación del proceso, es decir, antes de proferirse sentencia de primera o segunda instancia, o antes de proferirse un auto interlocutorio que le ponga fin al proceso de forma anormal o alternativa<sup>53</sup>.

Se iniciará de oficio cuando el juzgador considere que va a inaplicar una ley o proteger un derecho no contemplado en otros trámites especiales (por ejemplo los previstos en las nulidades procesales). De conformidad con el art. 129 de la ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso, da a entender que solo puede iniciarse el incidente a petición de parte, por lo que deberá aclararse tal artículo, en el sentido que su iniciación también podrá ser de oficio.

En esta hipótesis deberá proferir un auto de apertura, donde indicará el objeto del incidente (si es de naturaleza objetiva o subjetiva). Si es de naturaleza objetiva, sucintamente deberá indicar la norma legal objeto de controversia y la supuesta norma constitucional vulnerada. Si es de naturaleza objetiva, los hechos u omisiones objeto de vulneración de los derechos fundamentales.

52 Esto lo exige el artículo 1° de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

53 Sobre las formas anormales, excepcionales o extraordinarias de terminación del proceso, tales como la transacción o el desistimiento o la perención (así esta última se haya derogado), puede consultarse su concepción teórica en López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de derecho procesal civil colombiano, t. I, parte general, 6° ed., Bogotá, Editorial ABC, 1993, pp. 769-809

También podrá iniciarse a petición de parte. En este evento la parte incidentante, deberá presentar un escrito cumpliendo unos mínimos requisitos formales:

- Determinación del objeto del incidente: si es de naturaleza objetiva (control de constitucionalidad o de convencionalidad) o subjetiva (protección de derechos fundamentales o humanos);
- si es de naturaleza objetiva, deberá transcribir la norma legal acusada o adjuntar prueba de su existencia, así como la norma constitucional o convencional que considera vulnerada;
- Si es de naturaleza subjetiva, formular los cargos o argumentos sobre la inconstitucionalidad o inconvencionalidad;
- La petición de lo que se pretenda hacer valer;
- Si es de naturaleza subjetiva, deberá indicarse el acto u omisión que vulnera o amenaza el derecho fundamental o humano;
- La anunciación de las pruebas que se pretende hacer valer, si las hay.

### Providencia que avoca el incidente

Si se ha iniciado de oficio, además de lo indicado, deberá correr traslado a las partes por tres días, para que presenten sus argumentos o anuncien las pruebas conducentes, pertinentes, útiles, etc. si las hay, para que sean presentadas en la audiencia concentrada de decisión<sup>54</sup>. La audiencia concentrada de decisión deberá señalarse dentro del término improrrogable de 10 días contados a partir de este auto, so pena de ser causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo.

Si el incidente se inició a petición de parte, esta providencia deberá proferirse dentro de un término improrrogable de tres días, so pena de ser causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo y en ella se correrá traslado a la contraparte y terceros, para que dentro del término de tres días den respues-

54 Esto lo exige el artículo 1° de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

ta al escrito de iniciación, si lo consideran necesario y anuncie las pruebas que presentará en la audiencia concentrada de decisión, sin ninguna exigencia formal.

Ahora, si el incidente no reúne los mínimos requisitos formales exigidos, podrá inadmitirse, para que dentro del término de tres días se subsane por incidentante y se pueda proferir una decisión de fondo, proscribiéndose cualquier tipo de decisión inhibitoria. Si se subsana se avocará el conocimiento y se dará aplicación a lo indicado en el párrafo anterior.

Esta providencia debe notificarse por estado, de conformidad con las reglas generales.

### Ejercicio del derecho de contradicción

Dentro del término de tres días indicado en la providencia que avoca el conocimiento del incidente, las partes y terceros, podrán presentar argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley objeto del incidente. Si es de naturaleza subjetiva, podrán presentarse los argumentos pertinentes y anunciar las pruebas que exhibirán en la audiencia concentrada de decisión.

Dada la informalidad que debe inspirar este incidente, junto a la celeridad, no se exige el cumplimiento de ninguna formalidad, simplemente quien desee ejercer el derecho de contradicción lo hará de la manera que considere pertinente. Tampoco debe exigirse la presentación de pruebas, únicamente que se indiquen o anuncien las que se utilizarán o presentarán en la audiencia concentrada de decisión.

### Audiencia concentrada de decisión

Como se indicó, esta audiencia debe realizarse imperativamente dentro de los diez días siguientes al auto que avoca el conocimiento del incidente, debiendo ser concentrada y oral, ello implica que una vez iniciada debe terminar.

Esta audiencia de decisión tendrá tres sub etapas: (i) *probatoria*, donde se presentarán o exhibirán las pruebas anunciadas, si las hay y se ejercerá el derecho de contradicción sobre las mis-

mas, es decir, una vez presentadas se pondrán en conocimiento de la contraparte para que se pronuncie sobre las mismas, debiendo en todo caso, tomarse la decisión sobre cualquier tipo de objeción en la misma audiencia; (ii) *argumentos de conclusión*. En esta sub etapa, las partes y terceros podrán concretar sus argumentos en una presentación oral que no exceda de 20 minutos. Esto es necesario, ya que sea cual fuere el argumento presentado por las partes, el juez de viva voz lo recepcionará, lo cual permite al juez tener un concepto claro de los hechos y argumentos, permitiéndole a su vez decidir en la misma audiencia; y, (iii) *decisión interlocutoria*. En la misma audiencia el juez resolverá de fondo el incidente, para lo cual podrá suspender la audiencia hasta por dos horas.

La decisión también será oral, pero concretará por escrito la parte resolutive la decisión cuya parte considerativa o motiva se entenderá incorporada de manera virtual y de conformidad con lo dicho en la audiencia. La notificación de esta providencia será en estrados.

### Impugnación de la decisión

Proferido el fallo puede suceder: (i) que las partes lo acepten, evento en el cual no vemos porque no aceptar la competencia constitucional del juez ordinario en temas constitucionales; y, (ii) que alguna de las partes (o las dos) e incluso un tercero legitimado, no comparta la decisión que resuelve de fondo el incidente, evento en el cual debe aceptarse la procedencia de un mecanismo de impugnación, formulado ante el mismo juez que profirió la decisión, en la audiencia dada su notificación en estrados, siendo posible dentro del término de tres días, fundamentar dicha impugnación. El juez del conocimiento o el funcionario administrativo, se pronunciará sobre su concesión. Si no lo concede, se aplicarán las reglas ordinarias del recurso de queja; pero si se concede, deberá ser en efecto suspensivo si el siguiente acto procesal es la sentencia o en efecto devolutivo si es en una etapa procesal anterior, quedando claro que el proceso se suspenderá antes de proferir sentencia, para lo cual remitirá el expediente al juez o tribunal competente de la jurisdicción constitucional

para el trámite de la segunda instancia (no lo conoce su superior jerárquico sino el juez de la jurisdicción constitucional). Esta providencia se notificará por estado. Esta misma regla se aplicará en la segunda instancia o en el trámite de un recurso extraordinario, en lo pertinente.

Ahora, si la violación a la Constitución, vulneración o amenaza del derecho fundamental se presenta o evidencia en la sentencia de segunda instancia, al no poderse tramitar el incidente de control o protección de constitucionalidad, podrá interponerse un recurso extraordinario ante el juez del conocimiento, quien como se explicó se pronunciará sobre su concesión siguiendo las mismas reglas, pero se remitirá al funcionario jurisdiccional en materia constitucional de un grado superior al de su par jurisdiccional así: (i) si la sentencia la profirió un juez ordinario, el recurso extraordinario lo conocerá el tribunal constitucional competente; (ii) si la sentencia la profirió un tribunal ordinario, el recurso extraordinario lo conocerá la Sala correspondiente de la Corte Constitucional así: si es de naturaleza subjetiva, será la sala de garantía de los derechos fundamentales, pero si es de naturaleza objetiva, será competencia de la sala de garantía de la supremacía constitucional; y, (iii) si la sentencia es proferida por una alta corte, el recurso extraordinario en materia constitucional, será competencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional.

### Trámite de la segunda instancia o del recurso extraordinario

Recibido el expediente por la jurisdicción constitucional especializada, el juez, tribunal o corte, decidirá si admite el recurso en un término imperativo de tres días. Si admite el recurso convocará a una audiencia de decisión en segunda instancia, dentro de un término no superior a 10 días, so pena de ser causal de mala conducta y sancionable con destitución del cargo. Esta providencia se notificará por estado.

Dentro del término de ejecutoria de tal auto, las partes podrán solicitar las pruebas necesarias, de conformidad con las reglas establecidas por el actual art. 361 del C.P.C.

La audiencia de decisión de segunda instancia o la que resuelve el recurso extraordinario, será concentrada y oral, de-

biéndose tramitar las siguientes sub etapas: (i) *pruebas* si se reúnen los presupuestos indicados en el numeral anterior; (ii) *argumentación de conclusión*, para que las partes podrán exponerlos oralmente durante máximo 20 minutos; y, (iii) *decisión oral*, para lo cual podrá suspenderse la audiencia hasta por dos horas. Esta decisión es definitiva, pero no hace tránsito a cosa juzgada.

En efecto, la segunda instancia del incidente de control de constitucionalidad o de convencionalidad, se conocerá por la jurisdicción constitucional así: se el incidente se adelantó por una alta Corte, la segunda instancia la conocerá la Corte Constitucional en la Sala de Defensa de la Supremacía Constitucional (si el incidente es de competencia objetiva) o la Sala de Defensa de los Derechos Fundamentales (si el incidente es de competencia subjetiva). Si el incidente se tramita ante un tribunal, la segunda instancia se tramitará ante el Tribunal Constitucional (regional, provincial, estatal o departamental), pero si se tramitó ante un juez, la segunda instancia la conocerá el juez constitucional.

## Conclusiones

Lo primero que debe resaltarse es que no debemos temer a tener una verdadera justicia constitucional y para ello debe implementarse un modelo multidimensional, tal como se ha sustentado.

Este modelo debe reglamentarse en un Estatuto de Justicia Constitucional (Código Procesal Constitucional), que precise el acceso a la justicia constitucional, sus alcances, modelo de jurisdicción constitucional base de nuestra propuesta, una parte especial dedicada a los procesos constitucionales e incidente de control de constitucionalidad o convencionalidad y una parte final dedicada a la jurisdicción constitucional supranacional.

Es necesario implementar la oralidad en la justicia constitucional y celeridad, toda vez que se requiere una justicia de cara a la realidad y acorde con el Estado Social, Democrático y Constitucional de Derecho, ordenado por el art. 1° de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia<sup>55</sup>.

<sup>55</sup> Dicho artículo prevé en la parte pertinente: "...las actuaciones que se realicen en los procesos judi-

Es necesario implementar un modelo mixto de origen dual, que permita una justicia constitucional integral, en su naturaleza objetiva y subjetiva. Es este orden de ideas, se requiera implementar una jurisdicción constitucional especializada y paralelamente implementar procedimentalmente un incidente de control y protección constitucional en la jurisdicción ordinaria.

# EL RECURSO EXTRAORDINARIO EN EL DERECHO PROCESAL BRASILEÑO: PRESENTE Y PERSPECTIVAS CON LA PROMULGACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL<sup>1</sup>

Handel Martins Dias<sup>2</sup>

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

- 1 Artigo enviado em 20/05/2015 para a Associação Mundial de Justiça Constitucional e publicado nos Anais do II Congresso Mundial de Justiça Constitucional.
- 2 Advogado. Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor de Direito Processual nos cursos de graduação e mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Pesquisador e Coordenador da Pesquisa da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Associação Mundial de Justiça Constitucional (AMJC). E-mail handel.dias@fmp.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5006783339902786>.

## Introducción

A pesar del hombre ser, según las palabras de Aristóteles, un animal político, pudiendo vivir sólo en sociedad, la interacción humana es forzosamente irascible. Delante este hecho inexorable, resulta imprescindible la coordinación de las relaciones intersubjetivas y la existencia de mecanismos capaces de dirimir los conflictos de intereses que, de forma inevitable y permanente, despiertan en la sociedad, para que subsista o perdure de la manera más armoniosa posible. Precisamente de la correlación intrínseca que existe entre el derecho y la sociedad, exaltada en el apotegma ubi societas, ibi ius, nace la necesidad de controlar el comportamiento social del hombre. Es por el derecho, el medio más eficaz e importante de control social, que la sociedad busca congraciar los intereses individuales y, por ello, garantizar su buen funcionamiento y continuidad<sup>3</sup>. En el Estado Moderno, la ley es el estándar objetivo del derecho para la consecución de seguridad en las relaciones sociales. Es mediante la determinación y la previsibilidad del derecho en las normas jurídicas, plasmadas de fuerza coercitiva, y la institución de órganos destinados a promover el respeto y la aplicación de estas normas que el Estado previene y soluciona los conflictos de intereses, así como condiciona, directa o indirectamente, el comportamiento de las personas en la sociedad<sup>4</sup>.

3 Luhmann (1983) explicaba el sistema social como autopoietico, constituyendo el derecho una estructura de la sociedad. Sin él, ninguna esfera de la vida encuentra ordenamiento social duradero; ni la familia, la comunidad religiosa, ni, tampoco, la pesquisa científica o la organización partidaria de orientaciones políticas. Y, en la medida en que aumenta la complejidad de las relaciones sociales, hay demanda de tentativas de soluciones más complejas para, paradójicamente, reducirse dicha complejidad. Aun el derecho tenga en la ley su forma cogente y su expresión más visible en las sociedades políticas actuales, en las cuales el poder público regula, en particular, la conducta jurídica de los hombres, no excluí ni estanca el proceso de incesante formación y transformación de las ideas jurídicas, como aducía João Bonumá (1946, I). El origen del Derecho está en el impulso de la vida y en la consciencia jurídica que cada hombre trae en sí, como un atributo de su personalidad. Los costumbres, las normas de coexistencia social, las reglas legales impostas por el poder exterior son estratificaciones posteriores, resultantes de una lenta y milenaria evolución social y política.

4 La noción normativista de derecho y de Estado, fundamento de validez para la propia existencia de aquel en el derecho continental, fue un movimiento de Martín Lutero. Asevera Barzotto (1999) que, a partir de la Reforma, hubo una escisión en la cosmovisión occidental, de modo que, en el mismo espacio geográfico, encontrábase individuos con visiones de mundo y valores diversos. Por eso, en la su función absolutista, la principal misión del Estado Moderno fue fornecer un estándar objetivo de resolución de conflictos a una sociedad cuyo pluralismo podría llevar a su disolución. Luego, el derecho positivo nació como exigencia de la modernidad.

Naturalmente, e incluso porque integra la propia noción de Estado soberano, el complejo de normas que constituyen el orden jurídico deben aplicarse a todos los individuos que componen la población del Estado, de modo que toda la comunidad social sea sometida a un mismo y único ordenamiento jurídico<sup>5</sup>. Mientras tanto, para que el Derecho alcance debidamente sus intentos, no basta que el mismo ordenamiento jurídico tenga vigencia ante toda la población, pero también sea armonioso y considerado en su totalidad, teniendo idéntico significado para todos. Sólo entonces es posible, efectivamente, la determinación de las reglas de conducta que deberán ser observadas por los individuos, garantizando la seguridad en las relaciones sociales. Sin embargo, esa necesidad de unidad no existe solamente por el designio de impedir la inseguridad jurídica, fomentada por la incertidumbre del derecho subsiguiente de la propagación de sentidos discrepantes a las normas jurídicas<sup>6</sup>. Según subraya Claus-Wilhelm Canaris (2002) al estructurar el pensamiento sistemático, la unidad del ordenamiento pertenece a las exigencias éticas y jurídicas más fundamentales y radica en la propia idea de derecho. La igualdad jurídica entre todos compone, de hecho, un principio basilar del Estado Democrático de Derecho, presuponiendo la propia concepción de derecho y de justicia<sup>7</sup>.

Con todo, la naturaleza contingente del derecho, la incompletud de las normas, las antinomias, la ignorancia y la volición

5 Para Hans Kelsen (1941), los tres elementos que componen el Estado según la teoría tradicional – la población, el territorio y el poder – solo pueden ser comprendidos como vigencia y dominio de vigencia de un orden jurídico. La cuestión de saber si un individuo pertenece a un determinado Estado no es cuestión psicológica, sino jurídica. La unidad de los individuos que forman la población de un Estado está en el fato de que uno y mismo orden jurídico tiene vigencia para todos estos individuos, es decir, sus conductas sean reglamentadas por el mismo ordenamiento.

6 Unidad de ordenamiento no es acá empleada tal como es por los adeptos del iuspositivismo, que tienen en cuenta el modo por lo cual las normas son apostadas, pero sí de homogeneidad del sistema. Es él que los positivistas llaman de coherencia.

7 Jorge Miranda (2000, t. IV) suscita la dicotomía entre la igualdad jurídica y la igualdad social delante de la ley. Afirma el noble constitucionalista portugués que la igualdad puede ser considerada como igualdad jurídico-formal o como igualdad liberal, inspirada en una concepción iusracionalista, o aun como igualdad jurídico-material, ligada a una actitud crítica sobre la orden social y económica existente y a la consciencia de la necesidad y de la posibilidad de modificarla. Acrece Jorge Miranda que la experiencia histórica muestra que, aunque la superación de las desigualdades nunca sea definitiva – y, por veces, hasta venga acompañada del apareamiento de nuevas desigualdades y, incluso, de exclusiones –, el ideal de una sociedad cimentada en la igualdad o en la justicia es uno de los ideales permanentes de la vida humana y elemento crítico de transformación; no sólo de los sistemas jurídicos, pero también de las estructuras sociales y políticas.

hacen con que la afronta a la ley y su interpretación divergente sean constantes en la vida en sociedad, razón por la cual es imprescindible que el Estado no sólo procure preservar la validez y la unidad del ordenamiento jurídico como también disponga de herramientas capaces de garantizar ese desiderátum, incluso en relación a sí mismo, pues corrientemente es el responsable por maltrato al ordenamiento jurídico o por disenso en su interpretación. Como corolario del desarrollo de sus funciones desde su consagración como poder político autónomo e independiente, el Poder Judicial constituye la propia y principal institución para ejercer ese menester en el Estado contemporáneo. Por eso, allende administrar la justicia, incumbe al Poder Judicial asegurar la autoridad y la uniformidad del ordenamiento, así como preservar los principios de legalidad e de igualdad, sea por medio de cada proceso subjetivo en el cual se requiera la tutela jurisdiccional, sea a través de procedimientos específicos, como el recurso de amparo en España, el *verfassungsbeschwerde* en Alemania y las acciones de control de constitucionalidad en Brasil.

Es posible, todavía, que el propio Poder Judicial afronte el ordenamiento jurídico al juzgar la causa, aplicando de forma incorrecta el derecho al caso o no observando las reglas del debido proceso, cuando viola normas de derecho material o de derecho procesal, respectivamente. Puede suceder, aun, que el Poder Judicial promueva, por sus innumerables órganos, disenso en torno de la aplicabilidad del ordenamiento jurídico en el ejercicio del poder jurisdiccional, confiriéndole interpretación divergente. Por esta razón que, una vez vencidas dos grados de jurisdicción, las cuales serían, en rigor, suficientes para los anhelos de los individuos y para el objetivo del Estado de pacificar con justicia, es común la existencia de una instancia específica con la función de celar la autoridad y la unidad del ordenamiento jurídico. Sirviéndose de la iniciativa de las partes, los Estados ponen a su disposición un recurso para que ingresen en una nueva y postrera instancia. Por medio de este recurso, defendiendo sus intereses particulares, las partes pueden conducir posible violación del ordenamiento jurídico o disenso jurisprudencial al conocimiento de un órgano judicial de jerarquía superior, precisamente para que se acojan la autoridad y la interpretación única e igualitaria de las normas jurídicas, primarias y

secundarias. Estos recursos dirigidos a las cortes jurisdiccionales superiores en procesos subjetivos, con la función de primar por la obediencia y la interpretación uniforme del ordenamiento jurídico, dando cabo, de ese modo, a la inseguridad y a la incertidumbre acerca de los derechos y de los deberes abrigados en el derecho escrito, constituyen los llamados recursos extraordinarios<sup>8</sup>. Dada su inherente función política, este género de recurso no tiene por finalidad primordial la consecución de una decisión pretenciosamente más justa o la corrección de desaciertos de orden procesal, pues son tareas propias de los recursos ordinarios.

Los recursos de género extraordinario visan, primeramente, en la expresión consagrada por Piero Calamandrei (1920), a la *nomofilaquia*, protegiendo tan sólo de forma refleja y secundaria el derecho del recurrente, caso se constate que la decisión impugnada violó la ley o, en la hipótesis de disensión jurisprudencial, no le dio interpretación consentánea con el ordenamiento jurídico<sup>9</sup>. En tal sentido, aun sea el recurso extraordinario, en última análisis, un medio de impugnación puesto a disposición de las partes, su *ratio essendi* es asegurar la autoridad y la entereza del sistema

8 Pregona José Carlos Barbosa Moreira (2004) que las peculiaridades de los llamados recursos extraordinarios no bastan para servir de base a una clasificación científica o prácticamente valiosa. En el particular, discúrdese del grande procesalista brasileño. Los recursos extraordinarios tienen características bastante propias que justifican plenamente su clasificación científica, v.g., el objetivo, el objeto, los órganos jurisdiccionales competentes para para su juicio, los requisitos de admisibilidad, la transposición de una jurisdicción de ámbito local para una jurisdicción nacional etc. Los recursos de género extraordinario existen sino en razón de su objetivo de proteger la unidad y la entereza del derecho positivo. En rigor, una causa debería se agotar en dos instancias – del juicio del juez de primero grado y del juicio del tribunal de revisión –, puesto que suficientes para la satisfacción de las ansias de los destinatarios de la justicia. Además, tampoco merece guardada el argumento en el sentido de que los recursos ordinarios interpuestos por el Ministerio Público, en la cualidad de *custus legis*, también intentan la defensa del derecho objetivo, sin ser tenidos, por eso, como extraordinarios. Eses recursos, como, en última análisis, todos los demás, pretenden solamente la defensa del derecho subjetivo, o sea, la adecuada aplicación del orden jurídico al caso concreto, y no su unidad, función propia de los recursos extraordinarios. Al final, la distinción tiene un valor práctico importante, pues permite estudiar científicamente esos recursos y el ámbito de actuación de las cortes superiores en su juicio, así como aquilatar sus transformaciones en el ordenamiento procesal a partir de su objetivo y naturaleza.

9 Existen teorías sosteniendo que la finalidad de los recursos extraordinarios es el atendimiento del interés jurídico de la parte (teoría de la preponderancia del interés de la parte) o, simultáneamente, este interés y el interés de protección y uniformidad del derecho objetivo (teoría de la equivalencia de los fines de la casación). La dominante, y que se adopta en este estudio, es la teoría de la preponderancia de la uniformización o teoría de la función *ius-unitaria*, por la cual debe preponderar en este género de recurso la función *nomofiláctica* en desfavor del interés jurídico de las partes. Sobre esas teorías, véase KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 90-98.

jurídico, motivo por que la injusticia de una decisión no legitima, por sí solo, su interposición. Aunque parezca, a primera vista, que no se coadunen con la función del Poder Judicial de componer los conflictos de interés de la manera más justa posible, los recursos extraordinarios no están dissociados de los ideales de justicia. Al viabilizar la preservación de la autoridad y de la uniformidad del derecho vigente, perpetran, innegablemente, la igualdad y, en consecuencia, la justicia en la esfera del interés general de la sociedad, más allá del ámbito del interés individual de las partes del proceso. Además, mediante su procedencia, ya sea para que el propio tribunal superior corrija error de derecho, ya sea para dictar iudicium rescindens con la finalidad de que el órgano inferior profiera nueva decisión corrigiendo el error in iudicando, se protege tanto los intereses de la sociedad como de las partes, puesto que conduce, de forma indirecta, para la justicia en el caso concreto<sup>10</sup>.

Los recursos extraordinarios tienen rasgos y contornos bastante característicos en cada sistema procesal. Sin embargo, sopesando el derecho comparado, es posible dicotomizar los recursos extraordinarios en dos grandes categorías: recursos de revisión y recursos de casación. En suma, el recurso de casación proporciona anulación de la decisión impugnada y la devolución de los autos al tribunal que la dictó, o a otro órgano, para nuevo juicio de la causa observando la orientación jurídica establecida. Son ejemplos de recurso extraordinario de casación el recurso de revista para el Supremo Tribunal Federal en Alemania<sup>11</sup>, el recurso de casación para la Corte de Casación en Italia y el recurso de casación para la Corte de Casación y el Consejo de Estado en Francia, en las jurisdicciones judiciales y administrativas, respectivamente.

10 Sobre la casación y su importancia para unificar la interpretación judicial, véase CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile*. Milano: Fratelli Bocca, 1920. 2v. Esta clásica y rara obra fue traducida para el español y publicada en Buenos Aires por las Ediciones Jurídicas Europa-América: CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Europa-América, 1959. 3v.

11 A pesar del nomen iuris revista, el recurso de género extraordinario en el sistema procesal germánico es de casación. Solo excepcionalmente el Bundesgerichtshof no devuelve la causa a la instancia inferior para él propio la decidir (§ 565 III). Cuanto a la Constitución, la función de guarda es ejercida por el Tribunal Constitucional Federal, en especial por medio del recurso constitucional y del pedido de control normativo, concreto y abstracto. Véase HECK, Luís Afonso. *Tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: Fabris, 1995.

te<sup>12</sup>. A su vez, el recurso extraordinario de revisión implica que el caso será juzgado por la propia corte superior cuando la misma constata que hubo violación a la ley o divergencia en su interpretación por el juicio subyacente, v.g., el recurso de revista para el Supremo Tribunal de Justicia en Portugal<sup>13</sup> y el recurso extraordinario para la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina. Pese existieren recursos extraordinarios hasta mismo en Estados unitarios – e.g., en Portugal, en Italia y en Francia –, donde, por regla, los órganos jurisdiccionales son unificados y la fuente normativa de derecho es una, recursos de este género se muestran más importantes en los Estados que tienen la hechura federativa. La repartición territorial de poder impulsa, de forma nefasta, la afronta al ordenamiento jurídico y la discordia en su aplicación por parte de los agentes políticos y por la población en general. Ese cuadro es particularmente austero en el Estado Federal brasileño. Allende descentralización de estructura triple y organización judicial compleja, coexistiendo una plétora de órganos jurisdiccionales provinciales<sup>14</sup> y federales, Brasil posee territorio de dimensiones continentales, con diferencias físicas, económicas, humanas, culturales y sociales muy acentuadas. En esa coyuntura, en que se figura prácticamente inevitable el surgimiento de antagonismos y

12 El ordenamiento procesal francés clasifica sus recursos como ordinarios y extraordinarios. Según el artículo 527 del Code de Procédure Civile (FRANCE, 2003, p. 301) “le voies ordinaires de recours sont l’appel et l’opposition, les voies extraordinaires la tierce opposition, le recours en révision et le pourvoi en cassation”. En resumen, los recursos ordinarios impiden la ejecución de los fallos, mientras los recursos extraordinarios no tienen esa prerrogativa, salvo si la ley dispusiere en contrario. Sobre la estructura jurisdiccional francesa, especialmente la actuación del Conseil d’État y de la Cour de Cassation, véanse, por tantos, PERROT, Roger. *Institutions judiciaires*. Paris: Montchrestien, 2004. p. 174-244; y COUCHEZ, Gerard. *Procédure civile*. Paris: Armand Colin, 2004. p. 13 et seq.

13 El Código de Proceso Civil portugués utiliza criterio diferente para distinguir recursos ordinarios y extraordinarios: el momento de la interposición frente al tránsito en juzgado, que, en el derecho procesal lusitano, acontece luego que no sea admisible recurso ordinario (apelación, revista y agravio) o determinadas reclamaciones. En tal sentido, los recursos ordinarios son los deducidos antes del tránsito en juzgado; los extraordinarios, posteriormente al tránsito en juzgado. El recurso de género extraordinario del sistema procesal lusitano, el recurso de revista es, también en esa acepción, un recurso extraordinario, porque es manejado después del tránsito en juzgado. Es relevante recordar, además, que la República Portuguesa posee el Tribunal Constitucional, cuya función principal es administrar la justicia en materias de naturaleza jurídico-constitucional.

14 La organización político-administrativa de la República Federativa de Brasil es formada por la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios. Los Estados son entidades subnacionales autónomas, equivalentes a las provincias de la República Argentina. En este estudio se emplea el vocablo provincia y sus derivados cuando se refiere a esta unidad federativa del Brasil.

divergencias en la aplicación de la ley, se hace indispensable la existencia del recurso extraordinario en el sistema<sup>15</sup>.

En el derecho procesal brasileño vigente son dos los recursos extraordinarios, a saber, el recurso extraordinario y el recurso especial. Ambos ejercen una función básicamente federativa, sin abrazar las leyes y los actos normativos provinciales, distritales y municipales, cuya la competencia para velar por la integridad y la unidad corresponde a los órganos jurisdiccionales de las justicias locales, en el ámbito de su respectiva jurisdicción. En síntesis, el recurso extraordinario tiene el propósito de guardar la Constitución Federal; el recurso especial, la legislación federal. La competencia para su juzgamiento toca a las cortes de mayor jerarquía en la organización judicial del país: el Supremo Tribunal Federal y el Superior Tribunal de Justicia. Con sede en Brasilia, ambos comprenden tribunales de índole nacional que se sobreponen a los demás órganos integrantes de la estructura del Poder Judicial brasileño, a la par del Consejo Nacional de Justicia, que no ejerce jurisdicción. Órgano de mayor jerarquía dentro del Poder Judicial y con la función principal de velar por la Constitución, el Supremo Tribunal Federal tiene la competencia de juzgar el recurso extraordinario. El Superior Tribunal de Justicia es la corte que encabeza la justicia común, ascendiendo a las justicias provinciales, la justicia del Distrito Federal y Territorios y la justicia federal no especializada<sup>16</sup>. Teniendo como función fundamental proteger la legislación federal y unificar su interpretación, le compete juzgar el recurso especial. Estos dos recursos, el recurso extraordinario y el recurso especial, son, en esencia, de revisión. Una vez pasado el juicio de admisibilidad, compete al respectivo tribunal superior competente juzgar el caso concreto, sustituyendo la resolución impugnada, sea para mantenerla o modificarla. Sólo excepcionalmente, cuando hay reconocimiento de nulidad procesal o la necesidad de que sean rectificadas los actos procesales efectuados en las instancias or-

15 Hay quien piense diferentemente. Teniendo en consideración las peculiaridades de la Federación brasileña, Adroaldo Furtado Fabrício (2005) aduce que la desuniformidad en la interpretación, integración y aplicación del derecho no debería causar escándalo o siquiera inquietud. Al revés, esa eventualidad debería ser considerada inevitable y saludable, como elemento integrante del fenómeno de concretización de la norma jurídica. Por la vía de la interpretación diferenciada, se estaría, de algún modo, corrigiendo y compensando la centralización antifederativa de la elaboración de la norma abstracta, que concentra en la Unión la competencia legislativa.

16 La justicia especializada en Brasil es formada por las justicias Laboral, Electoral y Militar.

dinarias, la corte superior casa la decisión recurrida y se abstiene de juzgar el caso.

Conteniendo base procedimental rígida, los recursos extraordinarios constituyen inconformidades de derecho estricto, sujetos a inúmeros requisitos de admisibilidad, generales y específicos<sup>17</sup>. Las hipótesis de admisión de los recursos extraordinario y especial están estatuidas en la Constitución Federal, respectivamente en el inciso III del artículo 102 y en el inciso III del artículo 105. De acuerdo con el inciso III del artículo 102, el recurso extraordinario es admisible contra las causas resueltas en única o última instancia, cuando la decisión recurrida: a) contrariar disposición de la Constitución; b) declarar la inconstitucionalidad de tratado o de ley federal; c) juzgar válida ley o acto de gobierno local contestado frente a la Constitución; y d) juzgar válida ley local contestada frente a la ley federal. Por otro lado, en los términos del inciso III del artículo 105, es admisible el recurso especial contra las causas resueltas, en única o última instancia, por los tribunales regionales federales, por los tribunales de las provincias o por el Tribunal del Distrito Federal y Territorios, cuando la decisión recurrida: a) contrariar tratado, ley federal o les negar vigencia; b) juzgar válido acto de gobierno local contestado frente a la ley federal; y c) conferir a ley federal interpretación divergente de la que le ha dado otro tribunal<sup>18</sup>. La hipótesis permisiva de recurso extraordinario inserida en la letra "d" del inciso III del artículo 102 de la Constitución estaba originalmente prevista en el inciso III del artículo 105, como letra "b", amparando sino la interposición de recurso especial. La Enmienda Constitucional n.º 45, de 2004, trasladó esa hipótesis de admisión para el inciso III del artículo 102, corrigiendo equívoco que ya estaba arraigado en el texto constitucional brasi-

17 Aunque el orden constitucional vigente no tenga, al contrario del anterior, delegado al Supremo Tribunal Federal y al Superior Tribunal de Justicia competencia para legislar sobre las hipótesis de admisibilidad formal de los recursos extraordinarios, las dos cortes establecieron, por medio de su jurisprudencia y de sus respectivos regimientos internos, otros óbices para la admisión de los recursos extraordinario y especial, allende los presupuestos generales y constitucionales stricto sensu, v.g., la necesidad del previo debate de la cuestión de derecho vehiculada en recurso por la instancia inferior, la imposibilidad de reexamen de las materias fáctico-probatorias, el anterior agotamiento de las instancias ordinarias, la indicación expresa y correcta del permisivo constitucional que ampara el recurso, la precisión de la norma legal violada o la cual se ha negado vigencia etc.

18 Acerca de la admisión de los recursos extraordinario y especial, véase MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinario e recurso especial*. 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. passim.

leño. En el sistema federativo de Brasil, no existe jerarquía entre la ley local y la ley federal y, en consecuencia, incompatibilidad entre ellas. La discusión alrededor de la aplicación de una u otra ley concierne, en realidad, a las reglas constitucionales que tratan de la repartición de la competencia legislativa entre los entes federados (CF, arts. 23 a 25). De este modo, la cuestión que tiene por objeto juicio fundado en la validez de la ley local contestada a la luz de la ley federal posee, notoriamente, sesgo constitucional, razón por que fue correcto el desplazamiento del permisivo para el ámbito del recurso extraordinario, erigiendo el juicio de esa hipótesis al Supremo Tribunal Federal, corte, de hecho, responsable por la guarda de la Constitución Federal.

## Origen y síntesis histórica del recurso extraordinario

Durante el período colonial, cuando Brasil estaba subyugado a Portugal y el poder jurisdiccional era ejercido en nombre del rey, no existía un recurso de género extraordinario. Con todo, en casos excepcionales, en razón del valor de la causa o de la cualidad de la parte, se permitía la interposición de recursos de agravios ordinarios<sup>19</sup> o de apelaciones para la Casa de la Suplicación, fijada en Lisboa desde el final del siglo XVI. Al juzgar las pretensiones recursales, la Casa de la Suplicación conservaba la responsabilidad de guardar la autoridad del derecho objetivo regio y unificar la jurisprudencia mediante pronunciamiento de asentos<sup>20</sup>, los cuales

19 Creado por el derecho lusitano medieval, el recurso de agravio fue después incorporado al derecho procesal brasileño. Sobre el origen del recurso de agravio y sus variaciones de formas de interposición, véanse COSTA, Moacyr Lobo da. **O agravo no direito lusitano**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1974; AZEVEDO, Luiz Carlos de; COSTA, Moacyr Lobo da. **Estudos de história do processo**: recursos. São Paulo: FIEO; Joen, 1996. p. 173-191; y BUZAID, Alfredo. **Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 38 et seq.

20 Los asentos eran proferidos en casos de dudas objetivas con relación a la aplicación de la ley. Esa práctica de emitir asentos normativos perduró en la praxis jurídica portuguesa hasta 1993, mientras el Tribunal Constitucional, en el ejercicio del control concreto de constitucionalidad, por violación al dispuesto en el artículo 115 de la Constitución portuguesa, declaró inconstitucional el artículo 2º del Código Civil lusitano en la parte en que delegaba a los tribunales la competencia para fijar doctrina con fuerza obligatoria general. Sobre el proceso civil portugués entre los siglos XVI y XIX, véase TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil lusitano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. passim.

tenían efectos vinculantes. Rota la comunicación con la Metrópoli en virtud de la invasión de las tropas napoleónicas en el inicio del siglo XIX, se estableció, en 1808, la Casa de la Suplicación de Brasil en Rio de Janeiro, donde se había trasladado la corte portuguesa. Con el mismo status de su congénere lisboeta, la Casa de la Suplicación de Brasil tenía competencia para juzgar todos los agravios ordinarios y las apelaciones del Pará, Maraño, Tribunal de Relación de la Bahía y de las islas Las Azores y Madeira, incluso dictar asentos<sup>21</sup>. Luego, ya en el período colonial, Brasil tuvo un tribunal superior con el poder de garantizar la autoridad y la entereza del ordenamiento jurídico. Pues, cuando revisaba las decisiones dictadas por los órganos judiciales de los dominios ultramarinos, la Casa de la Suplicación brasileña era responsable por salvaguardar la autoridad del derecho objetivo regio y unificar la jurisprudencia mediante el dictamen de asentos (Ordenaciones Filipinas, Libro I, tít. 5º, § 5º)<sup>22</sup>.

Proclamada la independencia de Brasil, el recurso extraordinario devino con su primera Constitución. Promulgada en 1824, la Carta Imperial creó un órgano de cúpula del Poder Judicial – el Supremo Tribunal de Justicia –, y fijó, como una de sus competencias, conceder o denegar revistas. De acuerdo con la Ley del 18 de Setiembre de 1828, que instituyó el Supremo Tribunal de Justicia y reglamentó el pionero recurso extraordinario brasileño, la revista consistía en un recurso puesto a disposición de las partes, del Ministerio Público y del Procurador de la Corona y Soberanía Nacional contra las sentencias de todo el órgano judicial que, en última instancia, hubiese violado la ley, proporcionando una nulidad manifiesta o una injusticia notoria. La concesión de la revista por el Supremo Tribunal de Justicia implicaba la casación de la sentencia y la remesa ex officio de los autos a un tribunal de relación que la corte designase para nuevo juzgamiento de la causa<sup>23</sup>. Aunque estas primeras líneas apunten para otro horizonte, la

21 Véase DIAS, Handel Martins. **Condicionamento histórico do processo civil brasileiro**: o legado do direito lusitano. 2015. 389p. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. passim.

22 Ese poder fue revocado por el Albalá del 16 de Mayo de 1809, que restableció la competencia de la Casa de la Suplicación de Lisboa para las apelaciones y agravios ordinarios originarios del Pará, del Maraño y de las islas Las Azores y Madeira.

23 Mayor jurista del período imperial de Brasil y más importante comentarista de su primera Constitución, munido de un pensamiento de vanguardia y anticipando la importancia que el Poder Judicial

revista, en verdad, estuvo lejos de desempeñar, efectivamente, el papel concerniente a un recurso de género extraordinario. No era función del Supremo Tribunal de Justicia, así como de cualquier otro órgano judicial imperial, controlar la validez de las leyes o interpretarlas. El Supremo Tribunal de Justicia se limitaba a proferir iudicium rescindens en controversias de derecho privado, cuya la aserción adoptada siquiera vinculaba el tribunal de relación para la cual era remitido para nuevo juicio. El tribunal de relación reapreciaba libremente la causa, incluso pudiendo aplicar el derecho tal como había sido en la sentencia anulada<sup>24</sup>. Y como si fuera diminuta su apocada relevancia, la revista fue abstraída de la competencia del Supremo Tribunal de Justicia. Teniendo en cuenta la mentalidad de menoscabo al Poder Judicial, se afianzó el entendimiento de que le era vedado conceder revista porque el artículo 158 de la Constitución del Imperio establecía los tribunales de relación en las provincias como segunda y última instancia<sup>25</sup>. En razón de la contradicción existente en el texto constitucional y, mayormente, por la ideología dominante de la época, el pionero recurso extraor-

dinario brasileño sucumbió, pasando los tribunales de relación de cada provincia a decidir en última instancia.

Además de eso, frente al letargo del Poder Legislativo, al cual cumplía interpretar las leyes según la Constitución del Imperio (art. 15, ítem 9), se diseminó entre los jueces la praxis de suscitar dudas cuanto a la interpretación de las leyes en los causas que estaban juzgando, sometiendo los autos para consulta al Poder Ejecutivo, por intermedio de los presidentes de provincia. Pero, también el Ejecutivo no ejerció esa función con presteza y proficuidad, máxime a partir del momento en que aumentó significativamente la demanda debido al crecimiento de la cantidad de procesos por el crecimiento poblacional abultado. Como ni el Poder Legislativo ni el Poder Ejecutivo logró llenar la brecha, no había, en la práctica, efectiva protección de la autoridad del ordenamiento jurídico o, tampoco, control sobre la proliferación de entendimientos conflictivos entre los tribunales de relación. Este cuadro solo quedo mitigado con la aprobación del Decreto n.º 2.684, del 23 de octubre de 1875, que integraba al orden jurídico, con fuerza de ley, los asientos preexistentes de la Casa de la Suplicación de Lisboa<sup>26</sup> y autorizaba el Supremo Tribunal de Justicia a tomar asientos con eficacia vinculante provisional en todo el Imperio (NOGUEIRA, 2001)<sup>27</sup>. Ante la proclamación de la Republica en 1889, Brasil se desvinculó de la orientación europea y adoptó el sistema estadounidense como modelo estructural y funcional. Una de las consecuencias más sentidas fue la transformación del Poder Judicial, que, al fin, adquirió

---

vendría obtener en la sociedad brasileña a partir de la proclamación de la Republica, José Antonio Pimenta Bueno sostenía el Poder Judicial como un poder político efectivamente autónomo e independiente, colidiendo con la mentalidad de la época, oriunda del liberalismo de tendencia europea que había norteado la Constitución Imperial. En realidad, aunque la Constitución prescribiera en su artículo 10º que los poderes políticos reconocidos por la Constitución del Imperio de Brasil fuesen cuatro – el Poder Legislativo, el Poder Moderador, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial –, y reiterase, en el artículo 151, la independencia del Poder Judicial, este no era, de hecho, un Poder independiente. Allende reducidas funciones, las decisiones judiciales eran cuestionadas por el Poder Ejecutivo, inclusive con imposición de correctivos a los magistrados que contrariasen los intereses del Imperador. La Constitución Imperial aun concedía expresamente al Imperador el poder de decretar jubilaciones compulsorias y transferencias de los jueces. En esta coyuntura, no es posible concebir que el Poder Judicial del Imperio fuese, en efecto, un Poder independiente. Sobre el Supremo Tribunal de Justicia y el recurso de revista, véase la notable obra BUENO, José Antonio Pimenta, Marquês de São Vicente. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1857. p. 349-379.

- 24 A la época, José Antonio Pimenta Bueno así explicaba el sistema (1857, p. 376): “a interpretação doutrinal do supremo tribunal não é imperativa ou obrigatória, nem mesmo em relação ao tribunal a quem ele envia a causa para ser de novo julgada, mês sem dúvida que é de muita força moral. O tribunal revisor coloca-se na posição que ocupava aquele que proferiu a sentença anulada, examina o fato e o direito, e julga livremente, isto é, como entende de direito. Não só pode apreciar e qualificar os fatos diversamente, julgar, por exemplo, que não se dá a questão vertente de prescrição, e sim, de novação, mas conserva sua plena inteligência desembaraçada para conformar-se ou não com a interpretação estabelecida pelo supremo tribunal [...]. Se porém não se conforma, expõe e fundamenta as razões de sua opinião divergente. Esta pode diversificar não só da doutrina do supremo tribunal, mas também da que fora estabelecida pela sentença anulada, ou confirmar esta”.
- 25 Véase NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições brasileiras**: 1824. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. p. 40.

---

26 Esa disposición del Decreto n.º 2.684, que daba “força de lei no Imperio a assentos da Casa da Supplicação de Lisboa e competencia ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros”, derivó de la ausencia, en aquel tiempo, de un acervo jurisprudencial propio en el país. Así era la redacción original de su norma inicial: “Art. 1º Os assentos tomados na Casa da Supplicação de Lisboa, depois da criação da do Rio de Janeiro até á época da Independencia, á excepção dos que estão derogados pela legislação posterior, têm força de lei em todo o Imperio. As disposições desta lei não prejudicam os casos julgados contra ou conforme os ditos assentos”.

27 Así estatua el artículo 2º y §§ del Decreto n.º 2.684, primera experiencia brasileña de eficacia vinculante de precedente judicial, in verbis: “Art. 2º Ao Supremo Tribunal de Justiça compete tomar assentos para intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes, quando na execução dellas occorrerem duvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juizos de primeira instancia nas causas que cabem na sua alçada. § 1º Estes assentos serão tomados, sendo consultadas previamente as Relações. § 2º Os assentos serão registrados em livro proprio, remetidos ao Governo Imperial e a cada uma das Camaras Legislativas, numerados e incorporados á collecção das leis de cada anno; e serão obrigatorios provisoriamente até que sejam derogados pelo Poder Legislativo. § 3º Os assentos serão tomados por dous terços do numero total dos Ministros do Supremo Tribunal de Justiça, e não poderão mais ser revogados por esse Tribunal”.

contornos institucionales de poder político, asumiendo, de vez, posición destacada en el Estado brasileño<sup>28</sup>. Esta nueva condición que granjeó el Poder Judicial se expresaba, sobre todo, en el papel que conquistó su órgano de cúpula en la defensa del orden jurídico. Antes mismo de ser promulgada la primera Constitución republicana, mediante el Decreto n.º 510, del 22 de junio de 1890, el Gobierno Provisorio extinguió el Supremo Tribunal de Justicia e instituyó una nueva corte para ocupar el ápice de la estructura judicial – el Supremo Tribunal Federal –, así como introdujo un nuevo recurso de género extraordinario. Delante de la adopción del federalismo, era imprescindible la existencia de un tribunal federal que, mediante juicios de recursos extraordinarios, preservase la autoridad y la entereza de la Constitución y de las leyes federales, garantizando el funcionamiento de la novel forma de gobierno.

Bajo la influencia del constitucionalismo norteamericano, se desdeñó el recurso de revista de tradición del derecho luso-brasileño y se tomó el writ of error del derecho angloamericano como modelo, traducándose, casi literalmente, las disposiciones del Judiciary Act y de las leyes posteriores (SILVA, 1963). Consonante con el Decreto n.º 510, tenido como auténtica constitución provisoria de la República brasileña, el nuevo recurso extraordinario era admisible contra las decisiones dictadas en última instancia en las justicias de las provincias, notablemente: “a) quando se questionar sobre a validade, ou a applicabilidade de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella; b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os actos, ou leis impugnados” (art. 58, II, § 1º). A tenor de las hipótesis de admisión importadas por la adopción del molde norteamericano, que tiene como notas bási-

28 La proclamación de la República constituyó un marco histórico del Poder Judicial brasileño, en la medida en que se adoptó el sistema estadounidense como modelo, principalmente por la influencia de Rui Barbosa, emérito condecorador de los escritores angloamericanos y de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América. Al retratar la ideología que ha conducido al acogimiento de ese paradigma, la renombrada historiadora Lêda Boechat Rodrigues (1977) destaca la importancia que tuvo *The American Commonwealth*, de James Bryce, publicado un año antes de la proclamación de la República en Brasil. La obra trazaba, con las modificaciones introducidas por el tiempo, la teoría y la práctica de las instituciones gubernamentales norteamericanas. También De la *démocratie* en Amérique tuvo grande influencia en el pensamiento de los políticos y juristas brasileños a la época. En aquel final del siglo XIX, la obra maestra de Alexis de Tocqueville fue innumeradas veces citada en el Congreso Nacional y en escritos de autores de derecho público.

cas la supremacía de la constitución y la independencia del Poder Judicial, se alzó el oficio de controlar la validez de las leyes y de los actos normativos del Poder Público al nuevo recurso extraordinario patrio, sin perjuicio de la función de velar por la integridad y por la uniformidad del ordenamiento jurídico. Según Washington de Barros Monteiro (1958), el Supremo Tribunal Federal había sido instituido con la misión de proteger, a través del recurso extraordinario, simultáneamente los derechos de la sociedad y los derechos de los individuos. Sin embargo, teniendo en cuenta la función política del Supremo Tribunal Federal, sobre la unidad del derecho y la formación de su conciencia jurídica planeaban las aspiraciones de la nación brasileña. Como instancia extraordinaria, al Supremo Tribunal Federal no importaban, primordial y propiamente, los intereses de las partes en las causas, pero si los principios y reglas, constitucionales y legales, que informaban el organismo político de la nación.

Con el writ of error se incorporó al derecho brasileño el judicial review norteamericano, de modo que el Supremo Tribunal Federal pasó también a ejercer el control jurisdiccional de las leyes, a semejanza de la Suprema Corte estadounidense. En 11 de octubre de 1890, el Gobierno Provisorio de la República expidió el Decreto n.º 848, organizando la justicia federal. Este decreto no sólo ratificó como amplió los preceptos apuntados en el Decreto n.º 510, aproximando más aún el nuevo recurso extraordinario brasileño al writ of error<sup>29</sup>. Allende reafirmar la competencia del Supremo Tribunal Federal para examinar la constitucionalidad de la ley y de los actos de la Administración Pública por la vía del recurso extraordinario, el Decreto n.º 848 estableció el principio según el cual la magistratura sólo debería interferir en concreto y por provocación de las partes en la protección y en la aplica-

29 Así prescribía el párrafo único del artículo 9º del Decreto n.º 848, del 11 de octubre de 1890: “Parágrafo unico. Haverá tambem recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunales e juizes dos Estados: a) quando a decisão houver sido contraria á validade de um tratado ou convenção, á applicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente á legitimidade do exercicio de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União - qualquer que seja a alçada; b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tiver sido em favor da validade da lei ou acto; c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, á validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula”.

ción de la Constitución y de las leyes federales. Ratificadas por la Constitución de 1891<sup>30</sup>, con la reproducción de las disposiciones del Decreto n.º 510, esas ideas perduran hasta los días de hoy, mismo con la inclusión del control concentrado de constitucionalidad<sup>31</sup>. Aunque no de forma sustancial, considerada la incolumidad de sus funciones y de la competencia para su juicio, el recurso extraordinario sufrió innumerables alteraciones con el pasar de los años, habiendo acompañado, de manera refleja, la inestabilidad política del país y la inconstancia de su Ley Fundamental. Desde su consagración en la Constitución de 1891 hasta la vigente, el recurso padeció, en mayor o menor medida, mudanzas en todas las cartas constitucionales promulgadas, más allá de reformas puntuales provenientes del poder constituyente derivado. El recurso extraordinario fue alterado por la Enmienda Constitucional del 03 de septiembre de 1926; las Constituciones de 1934; 1937; 1946 y de 1967; y por la Enmienda Constitucional n.º 1, del 17 de octubre de 1969<sup>32</sup>. A despecho de las modificaciones, el Supremo Tribunal Federal permaneció ejerciendo, por medio del recurso extraordinario, la función de asegurar el primado de la Constitución y de uniformizar la aplicación de la legislación federal y, así como controlar la legalidad de las leyes y actos normativos.

Promulgada en 1988, la Constitución Federal vigente llevó a cabo el cambio más significativo en la sistemática del recurso extraordinario desde su institución, realizando verdadero baliza-

miento en su historia. En razón del número atroz de recursos en el Supremo Tribunal Federal, fruto, sobre todo, del amplio acceso a la instancia extraordinaria y de la desproporcionalidad, siempre creciente, entre la cantidad de recursos y el número de ministros, se instauró una crisis en la corte, que no tenía más capacidad de garantizar la vigencia y la uniformidad de la Constitución, ni, tampoco, de las leyes federales<sup>33</sup>. Esa coyuntura insostenible hizo que el constituyente de 1988, atendiendo los anhelos de los abogados y de la sociedad, acogiese la sugestión de juristas de la estirpe de José Frederico Marques, Seabra Fagundes, Miguel Reale, Alfredo Buzaid, José Afonso da Silva, entre otros, y aprobase la creación de una nueva corte superior – el Superior Tribunal de Justicia – para ejercer, a través de un novel recurso extraordinario – el recurso especial –, la función de control de legalidad y de correcta y uniforme interpretación del derecho federal, aliviando, de esa forma, la carga de trabajo del Supremo Tribunal Federal (PINTO, 1992)<sup>34</sup>. Con la creación del Superior Tribunal de Justicia, la Constitución de 1988 consagró una cisura en la tradicional competencia del Supremo Tribunal Federal. El constituyente dividió la materia del recurso extraordinario, transformando la corte de más alta jerarquía en

30 El recurso fue acogido por la Constitución Federal de 1891, la primera de la era republicana, aún sin la denominación de extraordinario (art. 59, § 1º), lo que aconteció solo con la edición, en 26 de febrero de 1891, del Regimiento Interno del Supremo Tribunal Federal y, en el plano constitucional, con la Carta Federal de 1934.

31 En verdad, hasta hoy es por medio del recurso extraordinario que el Supremo Tribunal Federal ejerce, con más frecuencia y efectividad, el control de constitucionalidad. El recurso extraordinario siempre representó el mayor volumen de procesos en las estadísticas de la corte, exigiendo, en consecuencia, su actuación en escala y variedad más significativa en la guarda de la Constitución. Sobre el origen del control jurisdiccional de constitucionalidad en el derecho brasileño y su ejercicio por el Supremo Tribunal Federal, véanse BARBI, Celso Agrícola. A evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. In: O PODER Judiciário e a Constituição. Porto Alegre, p. 127-149, 1977; DALLARI, Dalmo de Abreu. O controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. In: O PODER Judiciário e a Constituição. Porto Alegre, 1977, p. 151-183; MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 64-103, 146-250, 316-413; y MORAES, Alexandre. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da constituição. São Paulo: Atlas, 2003. p. 209-308.

32 Sobre el origen y la evolución del recurso extraordinario, véase, por todos, CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Recurso extraordinário**: origem e desenvolvimento no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

33 Esa crisis del Supremo Tribunal Federal no fue repentina, pero gradual, teniendo se consolidado paulatinamente. Asevera Ilmar Galvão (1998) que hubo innumerables otras tentativas objetivando aliviar la carga mensual de la Suprema Corte brasileña a partir de la década de cuarenta. Cita, como ejemplos, la creación del Tribunal Federal de Recursos en 1946, a fin de distribuirle parte de la competencia del Supremo Tribunal Federal; la institución del sistema de admisibilidad desdoblado en 1958, atribuyendo competencia a los presidentes de los tribunales locales para realizar un juicio de admisibilidad preliminar en los recursos destinados al Supremo Tribunal Federal; la concesión, al Supremo Tribunal Federal, en 1963, del poder de editar súmulas, con el propósito de establecer parámetros para la denegación de los recursos extraordinarios; y la permisón, conferida por la Enmienda Constitucional n.º 1, de 1969, al Supremo Tribunal Federal para indicar, en su Regimiento Interno, las causas que, por su naturaleza, especie o valor comportarían recurso extraordinario con fundamento en las letras "a" y "d" del permisivo de la Constitución entonces vigente, precisamente las responsables por la interposición de la mayoría de los recursos extraordinarios en aquel tiempo.

34 A la vista, o bien se colocaba un fin a la liberación tan amplia de la instancia extraordinaria o bien se aumentaba el número de jueces. La opción que el **CONSTITUYENTE** escogió para resolver la llamada crisis del Supremo Tribunal Federal fue la segunda, por medio de la creación de un nuevo tribunal superior, por lo cual decenas de juzgadores pasaran, mediante un nuevo recurso extraordinario, a la ejecución de la tarea de celar por la protección y por la uniformidad del derecho positivo federal. Esa solución no fue recibida sin ninguna oposición. Las opiniones contrarias se centraron, principalmente, en los problemas oriundos de la dualidad de tribunales incumbidos de rever las mismas decisiones y en la supresión de la competencia del Supremo Tribunal Federal con relación a las cuestiones federales de mayor repercusión. Muchos se posicionaron contra, también, en considerar que el Superior Tribunal de Justicia constituiría una tercera instancia, agravando aún más la morosidad en los juicios de los procesos, así como por el recelo de que el nuevo tribunal se constituyese, a fin de cuentas, en un interin entre los tribunales locales y el Supremo Tribunal Federal, afectando la autonomía de la justicias provinciales. Esas objeciones fueran se diluyendo con el tiempo.

tribunal predominantemente constitucional, en la medida que le restringió a la función de velar por la uniformidad de interpretación y por la aplicación del derecho en temas de naturaleza constitucional<sup>35</sup>. Por otro lado, transfirió a nueva corte, el Superior Tribunal de Justicia, la competencia para dirimir, como postrera instancia, mediante el recurso especial, las cuestiones atinentes a la hermenéutica y a la aplicación de las leyes federales.

Sin embargo, la incesante creciente demanda por los servicios judiciales y la amplia facilidad para alcanzar el Supremo Tribunal Federal, inclusive en causas repetitivas y sin ninguna relevancia jurídica o social, hicieron con que la Suprema Corte brasileña quedase nuevamente incapacitada, de esta vez para el ejercicio de su función principal de tutela de la Constitución. Según los datos divulgados por el propio Supremo Tribunal Federal, en 2000 la corte recibió 105.307 mil procesos, contra 14.721 mil procesos en 1989. De 1989 a 2000, a pesar de la fundación del Superior Tribunal de Justicia, el número de procesos recibidos por el Supremo Tribunal Federal aumentó más de 600%. En 2003, dieron entrada en la corte 160.453 mil nuevos procesos, de los cuales 97,20% fueron registrados como recursos extraordinarios y agravios de instrumento<sup>36</sup>. Esa situación resucitó, otra vez, el debate sobre la adopción de medidas para restringir la carga de servicio del Supremo Tribunal Federal, máxime en la vía extraordinaria. No sin razón, después de innumerables discusiones en los escenarios jurídico y político, fue aprobada la Enmienda Constitucional n.º 45, de 2004, que, entre otras modificaciones, instituyó la repercusión general de la cuestión constitucional como presupuesto esencial para la admisibilidad del recurso extraordinario (CF, art. 102, § 3º), así

35 Al estudiar la eficacia de las decisiones del Supremo Tribunal Federal en el ejercicio del control incidental de constitucionalidad, Teori Zavascki (2001) exalta la distinción de dos grandes especies de cuestiones constitucionales: las que dicen respeto a la legitimidad de precepto normativo y las que envuelven aplicación directa de la norma constitucional al caso concreto, independientemente de juicio sobre la constitucionalidad de la intermediación legislativa ordinaria. En las dos situaciones, hay ejercicio de jurisdicción constitucional, porque la procedencia o no del pleito formulado por el demandante supone interpretación y aplicación de la Constitución. Aun cuando la procedencia del pedido depende de juicio sobre la legitimidad de acto normativo, se configura situación peculiar, a merecer tratamiento especial en razón de las consecuencias que advienen o pueden advvenir.

36 Recursos admisibles contra las decisiones de los presidentes o vicepresidentes de los tribunales locales que no aceptaban, en juicio de admisibilidad, los recursos extraordinarios interpuestos para el Supremo Tribunal Federal.

como el poder del Supremo Tribunal Federal aprobar sùmula<sup>37</sup> con efecto vinculante posteriormente a reiteradas decisiones sobre determinada materia constitucional (CF, art. 103-A). Más del que contornar el problema del gran aflujo de procesos que desagaban en el Supremo Tribunal Federal, esas mudanzas implicaran una transformación de la naturaleza del recurso extraordinario, que afloró bies más objetivo en el ejercicio de su función política de protección del texto constitucional.

En efecto, a partir de la Enmienda Constitucional n.º 45, el Supremo Tribunal Federal pasó a poder, de oficio o por provocación, mediante la aprobación de dos tercios de sus miembros, después de reiteradas decisiones sobre una materia constitucional, aprobar sùmula con efecto vinculante en relación a los demás órganos del Poder Judicial y de la Administración Pública directa e indirecta, en las esferas federal, provincial y municipal, así que publicada en la prensa oficial (CF, art. 103-A, caput). La llamada sùmula vinculante tiene por objetivo la validez, la interpretación y la eficacia de normas constitucionales cuando existe controversia actual entre órganos judiciales, o entre estos y la Administración Pública, que acarree grave inseguridad jurídica y relevante multiplicación de procesos sobre cuestión idéntica (CF, art. 103-A, §1º). La vinculación de los órganos administrativos, en todas sus esferas, y judiciales a las sùmulas vinculantes tiene el intuito de evitar la reiterada denegación de derechos a los ciudadanos y la proliferación de recursos meramente retardadores, que abarrotan no sólo el Supremo Tribunal Federal, sino todas las demás cortes de justicia de Brasil. De esa forma, si un acto administrativo o decisión judicial contrariar un enunciado sumular con efecto vinculante o lo aplicar indebidamente, cabe reclamación directamente al Supremo Tribunal Federal. Caso juzgue procedente la reclamación, el Supremo Tribunal Federal anula el acto administrativo o casa la decisión judicial, ordenando que se dicte nueva decisión, con o sin la aplicación del enunciado sumular, conforme el caso (CF, art. 103-A, § 3º). La reforma constitucional no se olvidó de instituir la posibilidad de cancelación o alteración de las sùmulas vinculantes, obstando, de

37 Sùmulas son enunciados editados por los tribunales sintetizando entendimientos jurisprudenciales en él consolidados. De ordinario, poseen solamente eficacia persuasiva, sin vincular los demás órganos jurisdiccionales.

esa manera, la inmutabilidad perpetua de sus enunciados. Se estatuyó, de propio, que la aprobación, la revisión o la cancelación de las sùmulas vinculantes puede ser provocada por los legitimados a proponer la acción directa de inconstitucionalidad (CF, art. 103-A, § 2º)<sup>38</sup>.

Por otra parte, ya utilizado en la Constitución precedente y preterido por el constituyente originario en virtud del inconformismo de influyentes juristas de entonces que sensibilizaran la Asamblea Nacional Constituyente<sup>39</sup>, el instituto de la repercusión general se inspiró en la experiencia estadounidense principiada en 1925 a través del writ of certiorari, por el cual se otorgó a la Suprema Corte norteamericana el poder de seleccionar, entre millares de recursos, aquellos que son merecedores de su apreciación teniendo en cuenta el alcance y la importancia de las causas. Por el mismo camino sigue la repercusión general de la cuestión constitucional, una vez que la parte recurrente debe demostrar la repercusión general de la cuestión constitucional aventada en el recurso extraordinario, a fin de que el Supremo Tribunal Federal averigüe si es digna o no de su apreciación. La repercusión general fue reglamentada por la Ley n.º 11.418, de 2006, que acrecentó el artículo 543-A al Código Procesal Civil. Para efecto de la repercusión general, debe ser considerada la existencia o no de cuestiones relevantes bajo el punto de vista económico, político, social o jurídico que ultrapasen los intereses subjetivos de la causa o aun la existencia de contrariedad a sùmula o a jurisprudencia dominante del Supremo Tribunal Federal por la decisión impugnada (CPC, art. 543-A, §§ 1º y 3º). El recurrente debe demostrar la existencia de la repercusión general en preliminar en el recurso extraordinario, para la apreciación exclusiva del Supremo Tribunal Federal<sup>40</sup>, que

38 El artículo 103-A de la Constitución Federal fue reglamentado por la Ley n.º 11.417, del 19 de diciembre de 2006, que, entre otras providencias, disciplinó la edición, revisión y cancelación de enunciado de sùmula vinculante por el Supremo Tribunal Federal.

39 Hay que se reconocer que existe, en su esencia, una contradicción en el mecanismo importado del sistema estadounidense. Si el constituyente eligió determinada materia como merecedora de integrar la Constitución Federal, la ley mayor del país, se presenta contradictorio que el Supremo Tribunal Federal pueda reputarla de menor importancia, de modo a no justificar su actuación mismo existiendo afronta al texto constitucional.

40 Según el § 4º del artículo 543-A del Código Procesal Civil, si la primera o segunda turma del Supremo Tribunal Federal decidir por la existencia de la repercusión general por, en el mínimo, cuatro votos, queda dispensada la remesa del recurso al plenario de la corte. El plenario del Supremo Tribunal Federal es formado por el presidente y los diez ministros que integran las dos turmas

puede admitir la manifestación de terceros, como amicus curiae, en la análisis de la repercusión general (CPC, art. 543-A, caput y § 6º). Negada la existencia de la repercusión general, el Supremo Tribunal Federal no concede el recurso extraordinario. Esta decisión es irrecurrible y vale para todos los demás recursos extraordinarios sobre la misma materia, los cuales deben ser rechazados prontamente, salvo revisión de la tesis por el Supremo Tribunal Federal (CPC, art. 543-A, §§ 2º y 5º). Reconocida o no la existencia de la repercusión general, la sùmula de la decisión debe constar en acta y ser publicada en el boletín oficial, teniendo valor de fallo (CPC, art. 543-A, § 7º).

La Ley n.º 11.418, de 2006, aun acrecentó el artículo 543-B al Código Procesal Civil, instituyendo una relevante sistemática para el procesamiento de recursos extraordinarios en causas repetitivas. Cuando existe multiplicidad de recursos extraordinarios con fundamento en idéntica controversia, los tribunales de origen deben seleccionar uno o más recursos representativos de la cuestión y encaminarlos al Supremo Tribunal Federal, sobreyendo los demás hasta el pronunciamiento definitivo de la corte (CPC, art. 543-B, § 1º). Negada la existencia de la repercusión general, los recursos sobreyidos se consideran automáticamente no concedidos (CPC, art. 543-B, § 2º). Por otra parte, reconocida la existencia de la repercusión general y juzgado el mérito del recurso extraordinario, los recursos sobreyidos deben ser apreciados por los tribunales, turmas de uniformización o turmas recursales, que los pueden declarar perjudicados o se retratar (CPC, art. 543-B, § 3º). Mantenido la decisión y acepto el recurso extraordinario, el Supremo Tribunal Federal puede casar o reformar, inmediatamente, el fallo contrario a la orientación clavada (CPC, art. 543-B, § 4º). Pasados dos años, por medio de la Ley n.º 11.672, de 2008, que incorporó al Código Procesal Civil el artículo 543-C, sistemática similar fue establecida en favor de los recursos especiales. Así, cuando existe multiplicidad de recursos especiales basados en una idéntica cuestión de derecho, cumple al presidente del tribunal de origen conceder uno o más recursos representativos de la controversia y los encaminar al Superior Tribunal de Justicia, quedando suspendidos los demás hasta el pronunciamiento definitivo de la

existentes, cada una composta por cinco ministros.

corte (CPC, art. 543-C, caput y § 1º)<sup>41</sup>. Antes de dar vista al Ministerio Público e incluir en la pauta para juicio, el relator puede solicitar informaciones a los tribunales federales o provinciales. Considerando la relevancia de la materia, el relator también puede admitir la manifestación de personas, órganos o entidades con intereses en la controversia como *amicus curiae* (CPC, art. 543-C, §§ 3º a 6º). Publicado el fallo del Superior Tribunal de Justicia fijando su entendimiento acerca de la cuestión de derecho discutida, los recursos especiales sobreesidos en el origen tienen seguimiento denegado en la hipótesis en que los fallos recurridos sean coincidentes con la orientación señalada. Y cuando el fallo discrepar de la orientación, el recurso especial debe ser reexaminado por el tribunal de origen, siendo regularmente procesado si fuere mantenida la decisión divergente (CPC, art. 543-C, §§ 7º y 8º).

## El recurso extraordinario en el nuevo código procesal civil

Recientemente, por medio de la Ley n.º 13.105, de 16 de marzo de 2015, fue instituido en Brasil un nuevo Código Procesal Civil, cuya vigencia empieza en 17 de marzo de 2016, así que superada la *vacatio legis* de un año<sup>42</sup>. En líneas generales, será conservado el régimen de los recursos extraordinario y especial. En las hipótesis previstas en la Constitución Federal vigente (art. 102, III, y art. 105, III), los recursos deberán ser planteados ante el presidente o vicepresidente del tribunal recurrido, en peticiones distintas conteniendo la exposición del hecho y del derecho; la demostración de la pertinencia del recurso; y las razones del pedido de reforma o de invalidación de la decisión recurrida (NCPC, art. 1.029, caput). Con el designio de evitar el exacerbado formalismo procesal hoy existente en el ejercicio de admisibilidad, se estatuyó que será vedado rehusarse recurso especial fundado en divergencia jurisprudencial

41 No adoptada la providencia descrita en el § 1º del artículo 543-C del Código Procesal Civil, al identificar que sobre la controversia ya existe jurisprudencia dominante o que la materia ya está afectada al colegiado, el relator puede determinar la suspensión de los recursos con la misma controversia establecida que estuvieren en los tribunales de segunda instancia (CPC, art. 543-C, § 2º).

42 Aún vigente, el actual Código Procesal Civil es de 1973. Fue instituido por la Ley n.º 5.869, del 11 de enero de 1973.

con base en el fundamento genérico de que las circunstancias fácticas son diferentes, sin demostrar la existencia de la distinción. Además, pasará a ser formalmente permitido al Supremo Tribunal Federal y al Superior Tribunal de Justicia desconsiderar vicios formales de los recursos tempestivos o determinar sus correcciones, desde que no sean reputados graves (NCPC, art. 1.029, §§ 2º y 3º). El nuevo Código Procesal Civil también reguló la posibilidad de concesión *ope iudicis* de efecto suspensivo. De acuerdo con el § 5º del artículo 1.029, el pleito de efecto suspensivo a recursos extraordinario o especial podrá ser formulado por requerimiento dirigido al tribunal superior respectivo, en el período comprendido entre la interposición del recurso y su distribución, quedando competente para juzgarlo el relator designado para el examen del pedido; al relator, se ya fue distribuido el recurso; o al presidente o al vicepresidente del tribunal local, mientras el recurso estuviere sobreesido por tratarse de recurso repetitivo. Cuando se instaurar el incidente de resolución de demandas repetitivas, otra novedad del nuevo Código Procesal Civil, el presidente del Supremo Tribunal Federal o del Superior Tribunal de Justicia podrá, a pedimento, considerando razones de seguridad jurídica o de excepcional interés social, extender la suspensión de procesos a todo el territorio nacional, hasta ulterior decisión del recurso extraordinario o del recurso especial a ser interpuesto en el incidente (NCPC, art. 1.029, § 4º).

La admisibilidad de los recursos extraordinario y especial será realizada sólo en na instancia superior a partir del nuevo Código Procesal Civil. Disciplina el caput del su artículo 1.030 que, una vez recibida la petición del recurso por la secretaria del tribunal, el recurrido será intimado para presentar respuesta en el plazo de quince días. Terminado el plazo, los autos serán remitidos al respectivo tribunal superior. El párrafo único del mencionado artículo refuerza la supresión del examen de admisibilidad por la corte recurrida al prescribir que la remesa de que trata el caput se dará independientemente de juicio de admisibilidad. En la hipótesis de interposición conjunta de recursos extraordinario y especial, los autos serán remitidos primero al Superior Tribunal de Justicia (NCPC, art. 1.031, caput). Concluido el juzgamiento del recurso especial, los autos serán enviados al Supremo Tribunal Federal para

la apreciación del recurso extraordinario, si este no estuviera perjudicado (NCPC, art. 1.031, § 1°). Caso el relator del recurso especial considerar perjudicial el recurso extraordinario, en decisión irrecurrible, sobreseerá el juicio y remitirá los autos al Supremo Tribunal Federal para la resolución del extraordinario (NCPC, art. 1.031, § 2°)<sup>43</sup>. Y si el relator, en el Superior Tribunal de Justicia, entender que el recurso especial versa sobre cuestión constitucional, deberá otorgar el plazo de quince días para que el recurrente se manifieste sobre esta y demuestre la existencia de repercusión general. Cumplida dicha diligencia, el relator remitirá el recurso al Supremo Tribunal Federal, que, en juicio de admisibilidad, podrá devolverlo al Superior Tribunal de Justicia (NCPC, art. 1.032). Por otro lado, si el Supremo Tribunal Federal considerar como refleja la ofensa a la Constitución afirmada en el recurso extraordinario, por presuponer la revisión de la interpretación de ley federal o de tratado, lo enviará al Superior Tribunal de Justicia para su resolución como recurso especial (NCPC, art. 1.033). En cualquier caso, concedido el recurso extraordinario o el especial, el respectivo tribunal superior juzgará el proceso, aplicando el derecho (NCPC, art. 1.034, caput). Si el recurso fuere concedido por un fundamento, será devuelto el conocimiento de los demás para la solución del capítulo impugnado (NCPC, art. 1.034, párrafo único).

En la vigencia del nuevo Código Procesal Civil, la repercusión general continuará a filtrar, de forma preliminar, los recursos extraordinarios. En conformidad con el artículo 1.035, caput, §§ 2° y 4°, el Supremo Tribunal Federal no concederá, en decisión irrecurrible, el recurso extraordinario cuando su cuestión constitucional no tuviere repercusión general. La existencia de la repercusión general deberá ser demostrada por el recurrente para la apreciación exclusiva del Supremo Tribunal Federal, que podrá admitir la manifestación de terceros. Para efecto de repercusión general, será considerada la existencia o no de cuestiones relevantes desde el punto de vista económico, político, social o jurídico que ultrapasaren los intereses subjetivos del proceso (NCPC, art. 1.035, § 1°). La repercusión general se presumirá siempre que el recurso ex-

43 En resolución irrecurrible, el Supremo Tribunal Federal podrá rechazar la prejudicialidad y devolver los autos al Superior Tribunal de Justicia para que primero juzgue el recurso especial (NCPC, art. 1.031, § 3°).

traordinario impugnar fallo que contraríe súmula o jurisprudencia dominante del Supremo Tribunal Federal, así como impugnar fallo que hubiere sido dictado en juzgamiento de casos repetitivos o tuviere reconocido la inconstitucionalidad de tratado o de ley federal, en los términos del artículo 97 de la Constitución Federal (NCPC, art. 1.035, § 3°). Identificada la existencia de la repercusión general, el relator determinará la suspensión del procesamiento de todos los procesos pendientes en el territorio nacional, individuales o colectivos, que versaren sobre la misma cuestión (NCPC, art. 1.035, § 5°)<sup>44</sup>. El recurso que tuviere la repercusión general reconocida deberá ser juzgado en el plazo de un año por el Supremo Tribunal Federal<sup>45</sup> y tendrá preferencia sobre los demás procesos, salvo los que involucraren reo preso y los pedidos de habeas corpus (NCPC, art. 1.035, § 9°). Negada la repercusión general, los presidentes o los vicepresidentes de los tribunales de origen deberán negar seguimiento a los recursos extraordinarios sobreseídos que versaren sobre materia idéntica (NCPC, art. 1.035, § 8°). En cualquier caso, la súmula de la decisión sobre la repercusión general constará en acta, la cual será publicada en boletín oficial y valdrá como fallo (NCPC, art. 1.035, § 11)<sup>46</sup>.

Cuando existir multiplicidad de recursos extraordinario o especial con fundamento en idéntica cuestión de derecho, el presidente o el vicepresidente de tribunal de justicia o de tribunal regional federal determinará la suspensión del trámite de todos los procesos pendientes, individuales o colectivos, que estuvieren tramitando en la provincia o en la región, conforme el caso, selec-

44 Los interesados podrán requerir, al presidente o al vicepresidente del tribunal de origen, que excluyan de la decisión de sobreseimiento y no concedan los recursos extraordinarios que tengan sido interpuestos intempestivamente. Los recurrentes tendrán el plazo de cinco días para manifestarse sobre ese requerimiento, pudiendo interponer agravio de la decisión que desatender ese requerimiento, en los términos del artículo 1.042 (NCPC, art. 1.035, §§ 6° y 7°).

45 No ocurriendo el juicio en el plazo de un año, a contar del reconocimiento de la repercusión general, cesará, en todo el territorio nacional, la suspensión de los procesos, que volverán su curso normal (NCPC, art. 1.035, § 10).

46 La instauración del incidente de apreciación de la repercusión general y su juicio serán sucedidos de la más amplia y específica divulgación y publicidad, por medio de registro electrónico en el Consejo Nacional de Justicia. El Supremo Tribunal Federal deberá mantener banco electrónico de datos actualizados con informaciones específicas sobre cada cuestión constitucional cuya repercusión general será analizada, comunicándolos inmediatamente al Consejo Nacional de Justicia para inclusión en los catálogos. Para posibilitar la identificación de los procesos abarcados por las decisiones que apreciaren la existencia de repercusión general, los registros electrónicos de las cuestiones constitucionales deberán contener todos los fundamentos de las tesis jurídicas discutidas en las decisiones y las normas constitucionales relacionadas (NCPC, art. 979, § 3°).

cionará dos o más recursos representativos de la controversia y los encaminarán al Supremo Tribunal Federal o al Superior Tribunal de Justicia para fines de afectación (NCPC, art. 1.036, caput y § 1º)<sup>47</sup>. Solamente podrán ser seleccionados recursos admisibles que contuvieren ancha argumentación y discusión a respecto de la cuestión (NCPC, art. 1.036, § 6º). Los escogimientos hechos por presidentes o vicepresidentes de tribunales de justicia o de tribunales regionales federales no vincularán al relator en el tribunal superior, pues podrá seleccionar otros recursos representativos de la controversia (NCPC, art. 1.036, § 4º). E independientemente de la iniciativa de los presidentes o de los vicepresidentes de los tribunales de origen, de acuerdo con el § 5º del artículo 1.036 del nuevo Código Procesal Civil, el relator en tribunal superior podrá elegir dos o más recursos representativos de la controversia para juzgar la cuestión de derecho. Seleccionados los recursos, el relator dictará la decisión de afectación en el tribunal superior, en la cual identificará, con precisión, el tema a ser sometido a resolución y determinará la suspensión del procesamiento de todos los procesos pendientes, individuales o colectivos, en tramitación en el territorio nacional que versaren sobre el mismo asunto<sup>48</sup>, pudiendo solicitar a los presidentes o a los vicepresidentes de los tribunales de justicia o de los tribunales regionales federales el envío de un recurso representativo de la controversia (NCPC, art. 1.037, caput). Los dichos recursos afectados deberán ser juzgados en el plazo de un año y tendrán preferencia sobre los demás procesos, salvo los que involucren reo preso y los pedidos de habeas corpus (NCPC, art. 1.037, § 4º). No ocurriendo el mencionado juicio en el plazo legal, cesarán, automáticamente, en todo el territorio nacio-

47 Si no se proceder a la afectación de los recursos, el relator, en el tribunal superior, comunicará el fallo al presidente o al vicepresidente que los hubo enviado, para que sea revocada la decisión de suspensión (NCPC, art. 1.037, § 1º).

48 Las partes deberán ser intimadas de la decisión de suspensión de su proceso, permitiéndoles requerir su proseguimiento si demostraren la distinción entre la cuestión a ser decidida en su proceso y la cuestión a ser juzgada en el recurso afectado, sea extraordinario o especial. Ese requerimiento deberá ser direccionado al juez de la causa, si el proceso sobreseído estuviere en primero grado; al relator, si el proceso sobreseído estuviere en el tribunal de origen; al relator de la decisión recurrida, si estuviere sobreseído recurso especial o recurso extraordinario en el tribunal de origen; y al relator, en el tribunal superior, de recurso especial o de recurso extraordinario cuyo procesamiento tuviere sido sobreseído (NCPC, art. 1.037, §§ 8º a 10).

nal, la afectación y la suspensión de los procesos, que retomarán su curso regular (NCPC, art. 1.037, § 5º)<sup>49</sup>.

A la luz del artículo 1.038, caput, del nuevo Código Procesal Civil, el relator podrá solicitar o admitir la manifestación de personas, órganos o entidades con interés en la controversia, teniendo en consideración la relevancia del tema. Con la finalidad de instruir el procedimiento, también podrá fijar data para oír declaraciones de personas con experiencia y conocimiento en la materia en audiencia pública y solicitar informaciones a los tribunales inferiores con respecto de la controversia. Luego de la manifestación del Ministerio Público y del envío de copia del relato a los demás ministros, habrá inclusión en pauta, debiendo ocurrir el juicio con preferencia sobre los demás procesos (NCPC, art. 1.038, § 2º). Decididos los recursos afectados, los órganos colegiados declararán perjudicados los demás recursos que versaren sobre idéntica controversia o los decidirán aplicando la tesis establecida (NCPC, art. 1.039, caput)<sup>50</sup>. Publicado el fallo paradigma, abarcando el análisis de todos los fundamentos de la tesis jurídica discutida, favorables o contrarios, los procesos suspensos en primero y segundo grados de jurisdicción retomarán el curso para el juicio y la aplicación de la orientación fijada (NCPC, art. 1.040, III). Los presidentes o los vicepresidentes de los tribunales de origen negarán seguimiento a los recursos especiales o extraordinarios sobreseídos en el origen, si los fallos recurridos coincidieren con la doctrina establecida del tribunal superior (NCPC, art. 1.038, § 3º, y art. 1.040, I). Cuando la contrariaren, los propios órganos jurisdiccionales que dictaron los fallos recurridos en el origen reexaminarán los recursos, pudiendo retractarse (NCPC, art. 1.040, II)<sup>51</sup>. Caso sea mantenido el fallo divergente por el tribunal de origen, el recurso especial o extraordinario será remitido al respectivo tribunal superior compe-

49 Por fuerza del § 3º del artículo 979 del nuevo Código Procesal Civil, también la afectación y el juicio de recursos extraordinario o especial repetitivos serán sucedidos de la más amplia y específica divulgación y publicidad. Véase la nota 44.

50 En se tratando de recurso extraordinario, si fuere negada la existencia de repercusión general en el recurso afectado, serán considerados automáticamente inadmisibles los recursos extraordinarios cuyos procesamientos tuvieran sido sobreseídos (NCPC, art. 1.039, párrafo único).

51 Si los recursos extraordinario o especial versaren sobre cuestión relativa a la prestación de servicio público objeto de concesión, permisión o autorización, el resultado del juicio será comunicado al órgano, al ente o a la agencia reguladora competente para la fiscalización de la efectiva aplicación de la tesis por parte de los entes sujetos a la regulación (NCPC, art. 1.040, IV).

tente (NCPC, art. 1.041, caput). Realizada la retractación, la corte de origen decidirá, si fuere el caso, las demás cuestiones aún no decididas cuyo enfrentamiento se hiciere necesario en virtud de la alteración del fallo originario (NCPC, art. 1.041, § 1°). A continuación del reexamen por el órgano de origen, cabrá al presidente del tribunal local determinar el envío del recurso especial o del recurso extraordinario al tribunal superior para el juzgamiento de las cuestiones reminiscentes, a despecho de ratificación del recurso por el recurrente o de juicio de admisibilidad (NCPC, art. 1.041, § 2°).

## Incidente de resolución de demandas repetitivas

En el Capítulo VIII del Título I (*Del orden de los procesos y de los procesos de competencia originaria de los tribunales*) del Libro III (*De los procesos en los tribunales y de los medios de impugnación de las decisiones judiciales*) de la Parte Especial, el nuevo Código Procesal Civil trae una de sus principales innovaciones: el llamado *incidente de resolución de demandas repetitivas*. Será admisible la instauración de este incidente cuando hubiere, simultáneamente, efectiva repetición de procesos que contengan controversia sobre la misma cuestión únicamente de derecho, material o procesal, y riesgo de ofensa a la igualdad y a la seguridad jurídica (NCPC, art. 976, caput). El incidente de resolución de demandas repetitivas no exigirá costas procesales y no será admisible cuando uno de los tribunales superiores, en el ámbito de su respectiva competencia, ya tuviere afectado recurso extraordinario o especial para definición de tesis sobre la idéntica cuestión repetitiva (NCPC, art. 976, §§ 4° y 5°). El pedido de instauración del incidente deberá ser dirigido al presidente del tribunal, mediante oficio cuando formulado por juez o relator y por petición cuando fuere deducido por las partes, por el Ministerio Público o por la Defensoría Pública, debiendo, en cualquier caso, ser instruido con los documentos necesarios para demostrar el cumplimiento de los presupuestos para la instauración (NCPC, art. 977). El desistimiento o el abandono del proceso por la parte autora no impedirá el examen del mérito del incidente, hipótesis en que el Ministerio Público, interviniente obligatorio

como fiscal del orden jurídico, deberá asumir la titularidad del incidente si no fuere el requirente de su instauración (NCPC, art. 976, §§ 1° y 2°). El juicio del incidente cabrá al órgano indicado por el regimiento interno entre aquellos responsables por la uniformidad de la jurisprudencia del tribunal. Además de juzgar el incidente, fijando la tesis jurídica acerca de la cuestión controvertida, el órgano colegiado competente juzgará la causa originaria (NCPC, art. 978).

Luego de la distribución, el órgano colegiado competente para juzgar el incidente de resolución de demandas repetitivas procederá a su juicio de admisibilidad. Su inadmisión por ausencia de cualquiera de los presupuestos no impedirá que, una vez satisfecho el requisito faltante, sea nuevamente suscitado (NCPC, art. 976, § 3°, y art. 981). Acepto el incidente, el relator suspenderá los procesos pendientes, individuales o colectivos, que estuvieren tramitando en la provincia o en la región, conforme el caso, siendo que, en ese ínterin, eventual pleito de tutela de urgencia deberá ser dirigido al respectivo órgano donde se encuentra el proceso suspendido (NCPC, art. 982, I, § 2°). La suspensión perdurará por un año, plazo previsto para el juicio del incidente, y será comunicada a los órganos jurisdiccionales competentes. Si el incidente no fuere juzgado dentro del plazo, cesará la suspensión de los procesos, salvo decisión fundamentada del relator en otro sentido (NCPC, art. 980, párrafo único, art. 982, § 1°). Cuando estuviere en discusión en el incidente cuestión federal, constitucional o infraconstitucional, cualquiera de los legitimados a postular la instauración del incidente podrá requerir al Supremo Tribunal Federal o al Superior Tribunal de Justicia, tribunal competente para conocer de eventual recurso extraordinario o especial contra el fallo que juzgar el incidente, la suspensión de todos los procesos en curso en el territorio nacional que versaren sobre la misma cuestión constitucional o infraconstitucional objeto del incidente (NCPC, art. 982, § 3°)<sup>52</sup>. El aludido requerimiento de extensión del efecto suspensivo en el ámbito nacional deberá ser direccionado al presidente del Supremo Tribunal Federal o al presidente del

52 El § 4° del artículo 982 del nuevo Código Procesal Civil no deja duda de que la expansión del efecto suspensivo podrá ser hecho al Supremo Tribunal Federal o al Superior Tribunal de Justicia, independientemente de los límites de la competencia territorial del tribunal de origen, por las partes de cualesquier procesos en curso en los cuales se discutan la misma cuestión constitucional o infraconstitucional objeto de incidente ya instaurado.

Superior Tribunal de Justicia, que lo decidirá considerando razones de seguridad jurídica o de excepcional interés social (NCPC, art. 1.029, § 4º). La suspensión de los procesos cesará si no fuere interpuesto recurso especial o recurso extraordinario contra la resolución dictada en el incidente. Siendo interpuesto, perdurará hasta ulterior decisión del tribunal superior (NCPC, art. 982, § 5º, y art. 1.029, § 4º).

Admitido el incidente de resolución de demandas repetitivas, allende ordenar la suspensión supra mencionada, el relator intimará al Ministerio Público para, queriendo, manifestarse en el plazo de quince días, y podrá requerir informaciones a órganos en cuyos juicios tramitaren procesos en los cuales se discuten el objeto del incidente (NCPC, art. 982, II y III)<sup>53</sup>. El relator oírá las partes y los demás interesados, inclusive personas, órganos y entidades con interés en la controversia, que, en el plazo común de quince días, podrán pedir la incorporación de documentos a los autos, bien como diligencias necesarias para dilucidar la cuestión de derecho controvertida. Inmediatamente después, dará oportunidad al Ministerio Público para nueva manifestación, en el mismo plazo de quince días (NCPC, art. 983, *caput*). A fin de instruir el incidente, el relator aun podrá designar data para, en audiencia pública, oír personas con experiencia y conocimiento en la materia (NCPC, art. 983, § 1º). Concluidas las diligencias, el relator solicitará día para juzgar el incidente, lo que deberá ocurrir en un año, contando de su instauración. La resolución del incidente tendrá preferencia sobre los demás procesos, excepto los que involvieran reo preso y pedidos de *habeas corpus* (NCPC, arts. 980, *caput*, y 983, § 2º). La instauración y el juicio del incidente de resolución de demandas repetitivas deberán ser sucedidos de la más amplia y específica divulgación y publicidad, mediante registro electrónico en el Consejo Nacional de Justicia (NCPC, art. 979, *caput*). Para eso, los tribunales deberán mantener bancos electrónicos de datos actualizados con informaciones específicas sobre las cuestiones de derecho sometidas a incidentes, comunicando de inmediato al Consejo Nacional de Justicia para su inclusión en los catálogos propios (NCPC, art. 979, § 1º).

<sup>53</sup> Esos órganos dispondrán, igualmente, del plazo de quince días para las prestar las informaciones.

Iniciada la sesión de juzgamiento, el relator hará la exposición del objeto del incidente. Enseguida, sostendrán sus razones, sucesivamente, por el plazo de treinta minutos, el autor y el reo del proceso originario, así como el Ministerio Público. Al final, sustentarán los demás interesados, en el plazo de treinta minutos, divididos entre todos, permitida la ampliación del plazo considerando el número de inscritos (NCPC, art. 984, *caput* y § 1º). Terminadas las sustentaciones orales, empezará el juicio del incidente, con la fijación de la tesis jurídica, y, a continuación, de la causa que tuviere originado el incidente, sea recurso, remesa necesaria<sup>54</sup> o proceso de competencia originaria del tribunal (NCPC, art. 978, párrafo único). Pronunciados los votos, el presidente de la sesión de juicio anunciará el resultado, designando el relator para redactar el fallo, cuyo contenido deberá abarcar el análisis de todos los fundamentos suscitados concernientes a la tesis jurídica discutida, sean favorables o contrarios. Si resultar vencido el relator, será designado el autor del primer voto vencedor (NCPC, arts. 941, *caput*, y 984, § 2º)<sup>55</sup>. Del juicio de mérito del incidente cabrá recurso extraordinario o recurso especial, según el caso (NCPC, art. 987, *caput*). El recurso tendrá efecto suspensivo, siendo presumida, tratándose de recurso extraordinario, la repercusión general de la cuestión constitucional eventualmente discutida (NCPC, arts. 987, § 1º, y 1.035, § 3º, II). Apreciado el mérito del recurso, la tesis jurídica adoptada por el Supremo Tribunal Federal o por el Superior Tribunal de Justicia será aplicada en el territorio nacional a todos los procesos individuales o colectivos que versaren sobre idéntica cuestión de derecho (NCPC, art. 987, § 1º). Si transcurrir *in albis* el plazo de recurso contra la decisión del incidente en el tribunal de origen, o si no fuere juzgado el mérito del recurso extraordinario o del recurso especial eventualmente interpuesto por el vencido, la tesis jurídica electa será aplicada solo a los procesos que tramitaren en el área de jurisdicción del tribunal originario, incluyendo los

<sup>54</sup> Legado del derecho lusitano, la remesa necesaria (*remessa necessária*) consiste en el reexamen obligatorio de la sentencia de primero grado por el tribunal, a despecho de la interposición de recurso de apelación, en hipótesis expresamente previstas en ley. En el nuevo Código Procesal Civil, estas hipótesis están establecidas en el artículo 496.

<sup>55</sup> Para posibilitar la identificación de los procesos abarcados por la decisión del incidente, el registro electrónico de las tesis jurídicas constantes del catastro del Consejo Nacional de Justicia contendrá, en el mínimo, los fundamentos determinantes de la decisión y las disposiciones normativas a relacionadas (NCPC, art. 979, § 2º).

en tramitación en los juzgados especiales de la respectiva provincia o región (NCPC, art. 985, I). También será aplicada la tesis jurídica a los casos futuros que versaren sobre idéntica cuestión de derecho y vinieren a tramitar en el territorio de competencia del tribunal, a no ser que haya revisión de la doctrina por el mismo tribunal, de oficio o mediante requerimiento de los legitimados a postular su instauración (NCPC, arts. 985, II, y 986). Caso no sea observada la tesis jurídica fijada, tendrá lugar la reclamación (NCPC, art. 985, § 1º)<sup>56</sup>.

## La eficacia expansiva de la decisión dictada en recurso extraordinario y en recurso especial a partir del nuevo código procesal civil

En los sistemas jurídicos de tradición romano-germánica, la jurisprudencia históricamente conservó un papel secundario. Sin ser considerada, en rigor, auténtica fuente del derecho, como máximo se le reconocía una fuerza persuasiva. Frente a la rígida separación de poderes de matriz francesa, así como a la concepción dualista del ordenamiento jurídico, que rechaza la función creativa de la sentencia, la cual se limitaría a declarar derechos subjetivos preexistentes, se negaba el carácter impositivo de los precedentes judiciales. Poco a poco, esa tradición viene transformándose en los países de ordenamientos de la *civil law*, no siendo Brasil una excepción. En el ordenamiento jurídico brasileño, hubo una evolución significativa de los mecanismos de vinculación de la jurisprudencia, desde las primeras disposiciones acerca de la eficacia *erga omnes* de las decisiones del Supremo Tribunal Federal en control concentrado de constitucionalidad hasta las reformas, en las últimas décadas, del Código Procesal Civil vigente<sup>57</sup> y de la Constitución

56 También cuando el incidente tuviere por objeto cuestión relativa a la prestación de servicio concedido, permitido o autorizado, el resultado del juicio será comunicado al órgano, al ente o a la agencia reguladora competente para la fiscalización de la efectiva aplicación de la tesis adoptada por parte de los entes sujetos a regulación (NCPC, art. 985, § 2º).

57 La Ley n.º 9.139, del 26 de diciembre de 1995, es un jalón en la legislación alteradora, pues fue la primera a erigir, en el Código Procesal Civil de vigente, el valor de la jurisprudencia a fin de racionalizar la prestación jurisdiccional, tal como ya había hecho la Ley n.º 8.038, 1990, en provecho,

Federal, incluso permitiendo la edición de súmulas vinculantes<sup>58</sup>. En la vía de los recursos extraordinario y especial, las decisiones del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justicia se mantuvieron prácticamente incólumes a esa transformación hasta meados de la década pasada. La primera ley a modificar ese cuadro fue la Ley n.º 11.418, de 2006, que reglamentó el instituto de la repercusión general acreciendo los artículos 543-A y 543-B al Código Procesal Civil vigente. Con la reforma, la decisión del Supremo Tribunal Federal que reconoce la existencia o la inexistencia de la repercusión general de una cuestión constitucional objeto de un determinado recurso extraordinario vale para todos los demás recursos extraordinarios sobre la misma cuestión constitucional. La decisión que la niega tiene efecto vinculante, en el plan horizontal y vertical. De acuerdo con el § 5º del artículo 543-A del Código Procesal Civil, esa decisión denegatoria vale para todos los recursos extraordinarios sobre materia idéntica, debiendo ser repelidos de pronto, salvo revisión de la tesis.

La eficacia expansiva del decisorio que no reconoce la existencia de la repercusión general de cuestión constitucional es aún más robusta cuando se da en recurso extraordinario repetitivo. Conforme el § 2º del artículo 543-B del Código Procesal Civil vi-

exclusivamente, del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justicia. Después de la Ley n.º 9.139, vinieron varias otras, como la Ley n.º 9.756, de 1998, permitiendo que el relator resuelva, solo, recurso si la decisión recurrida estuviere en manifiesto confronto con súmula o con jurisprudencia dominante del Supremo Tribunal Federal o de otro tribunal superior; la Ley n.º 9.758, de 1998, autorizando al relator a decidir, al pronto y individualmente, conflicto de competencia en habiendo jurisprudencia dominante del tribunal acerca de la cuestión suscitada y vedando el incidente de argüición de inconstitucionalidad para el plenario o órgano especial cuando ya hubo pronunciamiento de estos o del plenario del Supremo Tribunal Federal sobre la misma cuestión; la Ley n.º 10.352, de 2001, suprimiendo la remesa necesaria cuando la sentencia estuviere fundada en súmula o en jurisprudencia del plenario del Supremo Tribunal Federal, así como en súmula del tribunal superior competente; la Ley n.º 11.277, de 2006, determinando a los jueces no aceptar las apelaciones cuando las sentencias estuvieren en conformidad con súmulas del Superior Tribunal de Justicia o del Supremo Tribunal Federal; y la Ley n.º 11.277, de 2006, facultando a los magistrados juzgar, in limine, improcedentes las demandas cuando las materias controvertidas fueren únicamente de derecho y ya hubo sentencia de total improcedencia en casos idénticos. Para contraposición a esa tendencia del proceso civil brasileño, véase PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle José Coelho. O Código de Processo Civil brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48, n. 190, p. 93-120, t. II, abr./jun. 2011.

58 Cf. CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 221, p. 13-48, jul. 2013. Véanse también TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; y TUCCI, José Rogério Cruz e. **Variações sobre precedentes judiciais vinculantes e persuasivos**. In: \_\_\_\_\_. **O advogado, a jurisprudência e outros temas de processo civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 67-82.

gente, negada la existencia de la repercusión general, los recursos extraordinarios sobreseídos se consideran automáticamente no concedidos, o sea, ni siquiera existe necesidad de pronunciamiento de juicio de admisibilidad para negarles seguimiento. Sin embargo, la Ley n.º 11.418, de 2006, no otorgó eficacia expansiva de carácter imperativo a las decisiones del Supremo Tribunal Federal sobre el mérito de las cuestiones constitucionales objeto de los recursos extraordinarios, sino sobre la existencia o no de la repercusión general. No obstante, dio más intensidad a la fuerza persuasiva de sus precedentes. La Ley n.º 11.418, de 2006, instituyó el procedimiento para el juicio de los recursos extraordinarios repetitivos. En síntesis, los recursos extraordinarios con fundamento en idéntica controversia deben ser sobreseídos en los tribunales, turmas de uniformidad o turmas recursales de origen hasta el pronunciamiento definitivo del Supremo Tribunal Federal sobre la materia (CPC, art. 543-B, caput y § 1º). Pronunciada la decisión por la corte, los recursos sobreseídos deben ser apreciados en el origen. Los tribunales, turmas de uniformidad o turmas recursales pueden declararlos perjudicados, si ya estuviesen alineados a la orientación precisada por el Supremo Tribunal Federal, o retractarse, caso el fallo esté en desacuerdo con el pronunciamiento (CPC, art. 543-B, § 3º). Como no hay efecto vinculante, si no hubiere juicio de retractación, el recurso extraordinario debe ser procesado, pudiendo el Supremo Tribunal Federal revocar o reformar inmediatamente el fallo contrario a su orientación establecida (CPC, art. 543-B, § 4º). Sistemática semejante fue creada en seguida para el recurso especial por la Ley n.º 11.672, de 2008, que incluyó el artículo 543-C al Código Procesal Civil. El procedimiento para el juicio de los recursos especiales repetitivos tuvo el propósito de disminuir el excesivo número de recursos especiales en el Superior Tribunal de Justicia.

Como quedó demostrado, más allá de perfeccionar y sofisticar el sistema procesal en la instancia extraordinaria, el nuevo Código Procesal Civil ampliará, de forma significativa, la eficacia de los precedentes del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justicia en lo tocante a los recursos extraordinario y especial. El principal destaque se centra en la eficacia vinculante de los juicios de mérito en la vía de los recursos extraordinario y

especial repetitivos. A tenor del caput del artículo 1.039 del nuevo Código Procesal Civil, decididos los recursos afectados, los órganos colegiados declararán perjudicado los demás recursos versando sobre idéntica controversia o los decidirán aplicando la tesis fijada<sup>59</sup>. En suma, en vez de solo fuerza persuasiva, el legislador está atribuyendo carácter vinculante a los precedentes del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justicia que juzgaren el mérito de los recursos extraordinario y especial repetitivos. El segundo alargamiento fundamental de la eficacia de los precedentes en la vía de los recursos extraordinario y recurso especial se dará en el ámbito del incidente de resolución de demandas repetitivas. El nuevo Código Procesal Civil prevé que, siendo apreciado el mérito del recurso extraordinario o del recurso especial interpuesto contra el juicio de mérito del incidente de resolución de demandas repetitivas, la tesis jurídica adoptada por el Supremo Tribunal Federal o el Superior Tribunal de Justicia será aplicada en el territorio nacional a todos los procesos individuales o colectivos que versaren sobre la misma cuestión de derecho (NCPC, art. 987, § 1º). Por lo tanto, también acá el nuevo Código está confiriendo efecto vinculante, en todo el país, a los precedentes de las cortes de cúpula de la estructura judicial brasileña en la vía de los recursos extraordinario y especial.

En esa conjetura de juicio por muestreo con eficacia vinculante extensiva, será de esencial importancia la definición de los procesos y de los recursos por los cuales se fijarán las tesis jurídicas que se replicarán en todos los demás procesos versando sobre las mismas cuestiones de derecho. La instauración del incidente de resolución de demandas repetitivas a partir de proceso cuyo argumento favorezca determinada tesis jurídica o la afectación de recursos repetitivos que no permitan el pleno ejercicio cog-

59 El efecto vinculante es reforzado en el caput del artículo siguiente del Código, verbis: "publicado o acórdão paradigma: I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior; o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior; III - os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada" (NCPC, art. 1.040, caput).

nitivo sobre la cuestión de derecho, entre tantas otras hipótesis, comprometerán los juicios y, como consecuencia, las fijaciones de la tesis<sup>60</sup>. Con respecto al incidente de resolución de demandas repetitivas, el nuevo Código Procesal Civil no estableció ningún requisito para la causa originar su instauración. Solamente prescribe que las partes, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, el juez de la causa en la primera instancia o el relator en el tribunal podrán postular la instauración del incidente cuando hubiere efectiva repetición de procesos conteniendo controversia sobre una misma cuestión únicamente de derecho y riesgo de ofensa a la igualdad y a la seguridad jurídica (NCPC, arts. 976 y 977). De tal manera, en una interpretación restrictiva, será posible dar origen al incidente a partir de cualquier proceso, esté o no bien delineada la divergencia. También en el plan subjetivo tendrán consecuencias los procesos en que se originen los incidentes, dado que el nuevo Código Procesal Civil confiere notorio protagonismo a las partes de la causa piloto. Ellas serán oídas por el relator del incidente y podrán requerir el ingreso de documentos en los autos, la realización de diligencias para la elucidación de la cuestión de derecho debatida y sostener oralmente sus razones, en la sesión de juicio del incidente, por el tiempo de treinta minutos (NCPC, arts. 983 y 984). Además, juntamente con el Ministerio Público y el *amicus curiae*, son las partes del proceso originario que tendrán legitimidad para interponer recurso extraordinario o recurso especial contra el fallo del incidente (NCPC, art. 138, § 2°, y art. 996). Teniendo este recurso su mérito juzgado por el Supremo Tribunal Federal o por el Superior Tribunal de Justicia, se determinará la tese jurídica que será aplicada en todo el territorio nacional a todos los procesos, individuales o colectivos, atinentes a la misma cuestión de derecho (NCPC, art. 987).

No fue tan negligente el legislador en el ámbito de los recursos extraordinario y especial repetitivos. En la misma línea del Código Procesal Civil vigente (art. 543-B, § 1°, y art. 543-C, § 1°), el

60 Antonio do Passo Cabral (2014) subraya que, al escoger para afectación al procedimiento de los repetitivos un proceso inadecuado, también la decisión del incidente puede no venir a ser la mejor solución de la controversia de masa, con evidente impacto sistémico deletéreo por la multiplicación de la conclusión a todos los otros procesos. Y cuando delante de litigantes habituales, que pueden estratégicamente optar por uno de muchos procesos para provocar el incidente, será posible direccionar la cognición en favor del interés que se desea ver prevalecer.

nuevo Código Procesal Civil no limitará la selección a un único recurso extraordinario o especial y establece, como requisito para la escogencia, que los recursos sean representativos de la controversia. Con todo, el nuevo Código Procesal Civil avanzó en relación al Código vigente. Primero, dio algún contorno al término **“recurso representativo de la controversia”**, estatuyendo que solamente podrán ser escogidos recursos admisibles comprendiendo amplia argumentación y discusión a respecto de la cuestión a ser decidida (art. 1.036, § 6°)<sup>61</sup>. Además, quedó claro que la iniciativa será compartida entre los relatores, en el Supremo Tribunal Federal y en Superior Tribunal de Justicia, y los presidentes o los vicepresidentes de tribunales de justicia y de tribunales regionales federales (art. 1.036, §§ 1° y 5°). Y, en reconocimiento a la relevancia de la representatividad de los recursos, el nuevo Código prevé que el relator en el tribunal superior no restará apretado a la selección hecha por presidente o vicepresidente de tribunal de justicia o de tribunal regional federal, le asegurando la prerrogativa de elegir otros recursos representativos sobre la materia (art. 1.036, § 4°). Más allá de eso, garantiza que el relator podrá solicitar, en la decisión de afectación, a los presidentes o vicepresidentes de todos los tribunales de la justicia común, que cada uno le remita un recurso representativo (art. 1.037, III). Con relación al desarrollo del procedimiento, en vez de conferir protagonismo a las partes de los recursos afectados, el nuevo Código Procesal Civil prefirió apostar en un proceso más dialógico. Antes del juicio, en el cual se impondrá el análisis de todos los fundamentos de la tesis jurídica discutida, favorables o contrarios, el relator podrá solicitar o admitir la manifestación de personas, órganos o entidades con interés en la controversia, considerando la relevancia de la materia, así como fijar fecha para oír personas con experiencia y conocimiento en la materia en audiencia pública. El relator aun deberá requerir informaciones a los tribunales inferiores al respecto de la controversia y oír al Ministerio Público (art. 1.038).

61 Luego después de la edición de la Ley n.º 11.672, de 2008, instituyendo, en el entretanto de vigencia del Código Procesal Civil de 1973, el procedimiento para el juicio de recursos especiales repetitivos, el Superior Tribunal de Justicia editó la Resolución n.º 8, del 7 de agosto de 2008, prescribiendo, en el § 1° de su artículo 1°, que deben ser seleccionados solamente los recursos especiales que contuvieren mayor diversidad de fundamentos en el fallo y de argumentos en el recurso especial.

En definitiva, el procesamiento de los recursos extraordinario y especial repetitivos debería haber sido observado por el legislador cuando trazó el incidente de resolución de demandas repetitivas. En primer lugar, el incidente no podría ser instaurado a partir de cualquier proceso, sino de algún que fuese, de hecho, representativo de la controversia sobre la materia a ser apreciada. La representatividad de la divergencia debería constituir requisito para que el proceso originase el incidente. En tal sentido, la decisión de instauración del incidente debería ser adecuadamente fundamentada, indicando no sólo la existencia de múltiples procesos conteniendo discusión sobre la misma cuestión de derecho y de riesgo de ofensa a la igualdad y a la seguridad jurídica, pero también las razones por las cuales el proceso que establece el incidente bien representa la controversia. Además, para permitir una visión más ancha y plural, se podría haber permitido la selección, por el relator, de otros procesos sobre la idéntica cuestión y vincularlos al incidente, así como la posibilidad de que otros procesos fuesen indicados por otros miembros del tribunal en donde se instaurase el incidente o, hasta mismo, según el caso, por jueces de la primera instancia. La ampliación del debate será fundamental para la legitimidad de la decisión. De ahí la importancia de permitirse, lo máximo posible, la participación de **amicus curiae** y la realización de la audiencia pública (NCPC, arts. 983, 984 y 1.038). Cuanto más amplificado fuere el contradictorio y el debate de argumentos, más capacitado estará el tribunal para decidir sobre la tesis jurídica a ser fijada.

Otrosí, por lo menos en el ámbito de los recursos extraordinario y especial repetitivos, el legislador estableció alguno parámetro para definir lo que sería la representación de una controversia, al prescribir que solo podrán ser seleccionados recursos admisibles contenedores de extensa argumentación y discusión a respecto de la cuestión controvertida (NCPC, art. 1.036, § 6°), o sea, los recursos con la mayor cantidad y diversidad de argumentos posibles, de modo a abarcar todos los puntos de vista potencialmente condicionantes de aquél debate: criterio, a propósito, que también debería ser observado en la instauración del incidente de resolución de demandas repetitivas. Todavía, para definir con mayor precisión lo que sea la representación de la con-

troveria en las causas repetitivas, líneas más nítidas deberán ser trazadas por la doctrina, por la jurisprudencia y por los tribunales superiores mediante resoluciones o la revisión de sus respectivos regimientos internos. Conforme había anticipado Antonio do Passo Cabral (2014), también deberá ser considerada la cualidad de las argumentaciones y la efectividad del contradictorio de las causas. Pues, si la línea argumentativa de los litigantes originarios servirá como confronto dialéctico entre las tesis antagónicas, la cualidad de las alegaciones deberá importar, asimismo, para la elección de la causa piloto, así como el análisis por el órgano judicial de todos esos argumentos. En el plan subjetivo, no podrá haber desigualdad material entre las partes, especialmente en la perspectiva de la representación procesal. En realidad, cuanto mayor la pluralidad y la representatividad de las partes y de eventuales terceros intervinientes, más cualificado será el proceso o el recurso como causa piloto. En ese sentido, se muestran más habilitadas para la afectación, en la esfera subjetiva, las demandas colectivas en comparación con las individuales, pues son movidas por entes públicos y privados con legitimación extraordinaria concedida por ley para actuar como sustitutos procesales de colectividades. Como esos entes ya poseen la prerrogativa procesal de conducir procesos en que, al final, la decisión pueda tener impacto masivo, su presencia en el incidente o en el recurso repetitivo afectado atribuirá al contradictorio mayor legitimidad política y social<sup>62</sup>.

## Conclusiones

El sistema procesal en la instancia extraordinaria devendrá más perfeccionado en el nuevo Código Procesal Civil. La principal transformación se dará con la ampliación de la eficacia de los precedentes del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justicia en lo referente a los recursos extraordinario y especial, sobre todo la concesión de eficacia vinculante a sus juicios de mérito en la vía de los recursos extraordinario y especial repetitivos

<sup>62</sup> Véase CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 39, n. 231, p. 201-223, maio 2014.

y de recursos extraordinario y especial interpuestos contra juzgamientos de los incidentes de resolución de demandas repetitivas. Frente a la repercusión sistémica que representará ese cambio de técnica procesal, otorgándose eficacia vinculante expansiva a juicios de recursos extraordinario y especial por muestreos, será de fundamental importancia la definición de los procesos y de los recursos por los cuales se fijarán las tesis jurídicas que se multiplicarán en todo los demás procesos comprendiendo las mismas cuestiones de derecho. Sólo los procesos y los recursos que fueren, de hecho, representativos de la controversia podrán servir para la instauración del incidente de demandas repetitivas o para la afectación como repetitivos. En plan objetivo, la representación de la controversia se traduce por la mayor cantidad, diversidad y calidad de argumentos alrededor de la cuestión de derecho controversial, debidamente debatidos y enfrentados en los procesos o en los recursos mediante efectivo contradictorio. En el plan subjetivo, la representación de la controversia se revela por la equidad de las partes y de eventuales intervinientes en los procesos o en los recursos, así como por su mayor pluralidad y representatividad, destacándose los entes con legitimidad extraordinaria conferida por la ley para actuar como sustitutos procesales en la defensa de derechos difusos y colectivos.

## Referencias

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- AZEVEDO, Luiz Carlos de; COSTA, Moacyr Lobo da. **Estudos de história do processo**: recursos. São Paulo: FIEO; Joen, 1996.
- BARBI, Celso Agrícola. A evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. In: O PODER Judiciário e a Constituição. Porto Alegre, p. 127-149, 1977.
- BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 1999.
- BONUMÁ, João. **Direito processual civil**. São Paulo: Saraiva & Cia Livraria Acadêmica, 1946. v. 1.

BRAGA JUNIOR, Benjamin do Carmo. **Apontamentos sobre o recurso extraordinário**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: A Judicial, 1922.

BRASIL. **Código de Processo Civil (1973) e Constituição Federal (1988)**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes, Juliana Nicoletti. 44.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil**: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010a.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil. **Parecer n.º 1.624, de 2010**. Brasília: [s.ed.], 2010b.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Especial destinada a proferir Parecer ao Projeto de Lei n.º 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei n.º 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do "Código de Processo Civil" (revogam a Lei 5.869, de 1973). **Parecer**. Brasília: [s.ed.], 2012.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n.º 6025, de 2005, ao Projeto de Lei n.º 8046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do "Código de Processo Civil" (revogam a Lei n.º 5.869, de 1973). **Parecer**. Brasília: [s.ed.], 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão Temporária do Código de Processo Civil. **Parecer 1.111, de 2014**: Redação final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado n.º 166, de 2010 (n.º 8.046, de 2010, naquela Casa), nos termos do texto consolidado pela Comissão Temporária do Código de Processo Civil, com as adequações propostas pelo Relator e os destaques aprovados pelo Plenário. Brasília: [s.ed.], 2015.

BRASIL. **Constituição Imperial (1824)**. Constituição Política do Império do Brasil. In: BUENO, José Antonio Pimenta, Marquês de São Vicente. Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Império. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1857. p. 497-521. Apêndice.

BUENO, José Antonio Pimenta, Marquês de São Vicente. **Direito público brasileiro e analyse da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1857.

BUZAID, Alfredo. **Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 39, n. 231, p. 201-223, maio 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 221, p. 13-48, jul. 2013.

CALAMANDREI, Piero. **La casación civil**. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Europa-América, 1959. 3v.

CALAMANDREI, Piero. **La cassazione civile**. Milano: Fratelli Bocca, 1920. 2v.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARMONA, Carlos Alberto. Reforma da constituição e processo: promessas e perspectivas. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 61/62, p. 1-12, jan./dez. 2005.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Recurso extraordinário: origem e desenvolvimento no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA, Moacyr Lobo da. **O agravo no direito lusitano**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1974.

COUCHEZ, Gerard. **Procédure civile**. Paris: Armand Colin, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. In: O PODER Judiciário e a Constituição. Porto Alegre, 1977, p. 151-183.

DIAS, Handel Martins. **Condicionamento histórico do processo civil brasileiro: o legado do direito lusitano**. 2015. 389p. Tese (Doutorado

em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Os equívocos da reforma do Judiciário. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Forense, v. 378, p. 3-9, mar./abr. 2005.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El recurso de amparo como via de articulación funcional y, e la par, de generación de conflictos entre el tribunal constitucional y el complejo orgánico del poder judicial en España. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 49, p. 243-292, out./dez. 2004.

FRANCE. **Code de Procédure Civile**, Code de l'Organisation Judiciaire, Voies d'Exécution. 95<sup>e</sup> éd. Paris: Dalloz, 2003.

GALVÃO, Ilmar. O recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal, após a Carta de 1988. **Revista da ESMAC**, Rio Branco, v. 1, p. 13-26, 1998.

GOZAÍNI, Osvaldo A. **Elementos de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediar, 2005.

HECK, Luís Afonso. **Tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: Fabris, 1995.

KELSEN, Hans. **La teoría pura del derecho**: introducción a la problemática científica del derecho. Traducción del alemán por Jorge G. Tejerina. Buenos Aires: Lousada, 1941.

KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2000. 6v.

MONTEIRO, Washington de Barros. Do recurso extraordinário. **Justitia**, São Paulo, Serviço de documentação jurídica do Ministério Público, v. 21, p. 22-40, 1958.

MORAES, Alexandre. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da constituição. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições brasileiras**: 1824. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

OLIVA SANTOS, Andrés de la; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. **Curso de derecho procesal civil**. Madrid: Ramón Areces, 2012. v. II.

PERROT, Roger. **Institutions judiciaires**. Paris: Montchrestien, 2004.

PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle José Coelho. O Código de Processo Civil brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48, n. 190, p. 93-120, t. II, abr./jun. 2011.

PINTO, Nelson Luiz. **Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça**: teoria geral e admissibilidade. São Paulo: Malheiros, 1992.

POISOT, Eduardo Ferrer Mac-Gregor. **La acción constitucional de amparo en México y España**: estudio de derecho comparado. 3. ed. México: Porrúa, 2002.

POISOT, Eduardo Ferrer Mac-Gregor. El amparo iberoamericano: estudio de derecho procesal constitucional comparado. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, n. 143, p. 79-114, jan. 2007.

PORTUGAL. **Código de Processo Civil (2013)**: Lei n.º 41/2013, de 26 de junho. Coimbra: Almedina, 2013.

RODRIGUES, Lêda Boechat, A Suprema Corte dos Estados Unidos e sua contribuição ao direito constitucional brasileiro. In: O PODER Judiciário e a Constituição, Porto Alegre, p. 185-216, 1977.

SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil lusitano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. A “repercussão geral” como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 848, p. 60-65, jun. 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Variações sobre precedentes judiciais vinculantes e persuasivos. In: \_\_\_\_\_. **O advogado, a jurisprudência e outros temas de processo civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 67-82.

VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (dir.). **Derecho procesal constitucional**. Bogotá: VC; Legis, 2014.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Poder Judiciário: reforma. A Emenda Constitucional n.º 45, de 08.12.2004. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Forense, v. 378, p. 11-26, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues (coords.). **Novo código de processo civil comparado**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

# LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES FRETE A LAS CONFUSIONES DE LOS OBITER DICTUM Y LA RATIO DECIDENDI CON RESPECTO A SU VINCULATORIEDAD

Luis Alberto Petit Guerra<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Juez de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y tutela constitucional; Especialista en Derecho Procesal Constitucional, Universidad Monteávilla (2010); Especialista Derecho Procesal Civil, Universidad Central de Venezuela (2011); Magíster en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla (2012); profesor de postgrado Derecho Procesal Constitucional, Universidad Monteávilla (2010); profesor de postgrado de la Escuela Nacional de la Magistratura; autor de ensayos y libros; conferencista nacional e internacional.

## Generalidades. Los problemas “generales” en la construcción de toda sentencia

En general, son pocos los jueces –entre los que se encuentra quien aquí escribe – que reconocen las diversas dificultades que implican “redactar” las diversas sentencias que deben dictar en ejercicio de sus funciones. En el presente ensayo se aborda uno de estos aspectos complejos (más allá de la «motivación» de los fallos en general). Nos referimos a deducir en cada fallo “constitucional” los elementos constitutivos del obiter dictum frente a la ratio decidendi.

Que Díez-Picazo y Antonio Gullón sean los que afirmen (junto a tantos otros) la cita arriba copiada, nos quita el carácter de “originalidad” a este ensayo. Es casi indiscutible la importancia de la motivación de los fallos, que como indica Zerpa, está llena de “justificaciones”.<sup>2</sup> Que entienda como

dar la razón de guardar armonía con los planteamientos de las partes y con la actividad probatoria que ellas desarrollaron. Entonces – afirma – aquí se está en el mundo de tratar de dar razones y argumentos que justifiquen su razón de ser. De manera que dentro de estas nociones muy elementales nos movemos, la noción de explicar y la noción de justificar.<sup>3</sup>

El asunto está, agregamos, en la manera en que se hacen o dicen tales justificaciones.

Convencidos de las potencialidades de los jueces en general en el manejo de las técnicas de redacción de sentencias; asumir con sentido crítico – frente a uno mismo – las veces en que en la construcción de nuestros fallos hemos “confundido” – incluso en forma automática e involuntaria– los elementos que constituyen los argumentos accesorios con los principales relacionados con el tema decidendi.

<sup>2</sup> Zerpa, Levis Ignacio (2001). La argumentación jurídica, en: Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación jurídica, Serie Eventos, Nro.3, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, p. 174.

<sup>3</sup> Ob. Cit., p.175.

Que en la práctica es posible entrecruzar dentro de la motiva, tanto la verdadera ratio jurídica del fallo con las solas elucubraciones<sup>4</sup> tangenciales u obiter dicta; es decir, frente aquellos que, aunque importantes porque forman parte del razonamiento “accesorio” – ilustrativo o en “demasia” en sentido de Duque Corredor–<sup>5</sup>no son indispensables; que solo sirven de apoyo (obiter) pero que no constituyen el razonamiento nuclear (ratio) del fallo en sí mismo (dictum).

Que los jueces sepan elaborar los fallos (o eso suponemos), no implica en modo alguno reconocer las enormes dificultades que se consiguen al momento de dichas construcciones – que conforman un lenguaje que va más allá de la semiótica –.<sup>6</sup>

En esta ponencia, se analiza sola una parte de esa problemática con el objetivo de distinguir en determinados tipos de sentencias –sino en todas que conlleve un análisis de fondo –, qué partes o elementos de tal “construcción judicial” constituyen un análisis general y relacionado, pero no “directamente” al quid del asunto sometido a estudio (obiter); y qué otra constituye en sí mismo la propia resolución (ratio decidendum). La utilidad de esta separación está circunscrita a aquellas sentencias de naturaleza vinculante.

En efecto, si ya son bastantes los problemas que tal distinción provoca en el seno de la justicia ordinaria, son más significativas las consecuencias en sede de la justicia constitucional; no tanto como en los casos de tutela o amparos constitucionales (cuyos efectos son interpartes) – aunque también éstas quisieran saber qué razones constituyen el obiter y qué razones la ratio

<sup>4</sup> Dentro de algunos de los contenidos o materias atendidas en forma de obiter, merece mencionar el trabajo de Jesús Marina Martínez-Pardo, quien en ocasión a su ingreso a la Academia de la Jurisprudencia de España, precisó en varios grupos: (i) los que contienen lecciones de derecho; (ii) los que son presagio de un cambio de criterio; (iii) los que sostienen una crítica de disposiciones legales; (iv) los reveladores de una ideología; (v) los indicativos del cauce procesal adecuado; (vi) los que incluyen razonamientos que reflexionan acerca de las alegaciones referidas a los denominados supuestos de la cuestión; (vii) los constituidos por sobreabundancia de razonamientos, y (viii) los contenidos de votos particulares. Cfr., Martínez-Pardo, Jesús Marina (2004). Labor del juez: Precedentes, «ratio decidendi» y «obiter dictum», Real Academia de Jurisprudencia, V, 1-9, Madrid, pp. 49-69.

<sup>5</sup> Duque Corredor, Román (2010). Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público. Temas constitucionales, Editorial Legis, 1ª ed., Colombia, p. 73.

<sup>6</sup> Dice Jañez Barrio: “El lenguaje comunica un significado a través del ‘signo’”. De otro, Pierce –por él citado– dice que el signo es una relación triádica: medio, objeto e intérprete. Vid. Jañez Barrio, Tarsicio (2006). Lógica jurídica. Argumentación e Interpretación, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, pp. 50 y 44.

decidendi en las decisiones que les afecten –; como sí, respecto de aquellas sentencias que tienen fuerza obligatoria para todos; que se precisam validas dentro del sistema de “fuentes” en razón de la vinculatoriedad.

Decir de momento que no será objeto de este trabajo, los distintos tipos de sentencias y/o de procesos, sino condensar aquellas que se expiden desde su vinculatoriedad. Porque, como indica Casal, según se trate del sistema de Derecho Procesal Constitucional aplicable, se distinguirá – en su caso – “entre el efecto vinculante, la cosa juzgada y la fuerza de ley o eficacia general”.<sup>7</sup> Entonces, lejos de tales cuestiones, se reconocerá en este estudio, toda sentencia –indistintamente de su tipo procesal del que emane– cuyo sistema legal/constitucional le aduzca carácter de vinculatoriedad u obligatoriedad.

En este último grupo (toda sentencia constitucional de carácter vinculante), nos preocupa cierta ambivalencia de las respectivas cortes, tribunales o salas constitucionales con relación al tema; que según parece, ya estaría resuelto, o que no implica problemas. Eso, es solo aparente como nos detendremos adelante.

En este estado, surgen varias interrogantes: ¿qué parte, o partes del fallo es de naturaleza vinculante?; ¿todo o solo una parte?; y, en este último caso, ¿cómo sabremos distinguir el obiter de la ratio decidendi, cuando a veces se pueden entrelazar (confundir)?

La determinación acerca de sus efectos vinculantes– como reconoce Casal – há dado lugar a muchas controversias;<sup>8</sup> lo que resulta obvio dada la relevancia que conlleva su ejercicio en el conocimiento de aspectos sensiblemente “políticos”; sobre todo en esa especial atribución de interpretar nada menos que la Constitución. Porque una «mala lectura» sobre los contenidos de sus fallos (constitucionales) sería “peligroso” (como sucedería frente aquellos casos que se pretenda hacer valer determinado “precedente” vinculante sin serlo –v.g., el llamado caso Morales

en Colombia, más adelante comentado en el que se pretendió invocar un “precedente” que no existía).

Entre los principales problemas encontramos (i) que se suele calificar como vinculantes sentencias que no lo son; (ii) las complicaciones en cuanto a distinguir en las sentencias que si son vinculantes, qué partes de las mismas constituyen “precedente” vinculatorio (cuáles son las razones accesorias – obiter – frente a las razones principales – ratio decidendi –); y, (iii) que esas razones vinculantes se predicen en forma expresa y otras veces pueden ser construidas mediante inferencias.

Como se puede observar, no son pocas las dificultades prácticas en establecer la parte de esos fallos que resulta verdaderamente vinculante; según se advierte con Villamil Portilla:

Ello lleva directamente a hacer una taxonomía de las razones que soportan una sentencia, con el distingo entre obiter dicta y ratio decidendi. No obstante, la separación entre obiter dicta y ratio decidendi puede ser algo así como trazar una línea en el agua, para usar una conocida expresión que de Guastini. El propósito de estas reflexiones es advertir que la distinción entre obiter dicta y ratio decidendi no está aún acuñada o forjada en nuestro medio, aunque como lo demuestra admirablemente el Profesor Diego López, detrás de ella hay densas explicaciones teóricas. Lo que sigue busca poner al lector en vigilia sobre la dificultad de hallar los verdaderos obiter dicta y en todo caso pretende ser una exhortación al rigor.<sup>9</sup> (Resaltado nuestro)

No conocíamos la cita que de Guastini hace dicho autor colombiano, pero que se compare la distinción entre la ratio y el obiter dicta con la acción de “trazar una línea en el agua”; habla de su complejidad. Si bien estas reflexiones se escriben desde un juez venezolano, están en absoluto circunscritas a nuestro país, pues son trasladables a otros – incluso fuera de nuestro entorno – (tengan o no características homólogas en justicia constitucional).<sup>10</sup> Aunque es obvio que por las proximidades de ciertos

7 Casal, Jesús María (2003). Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional, en: Revista de Derecho Constitucional (Obra Colectiva), Nro.8, julio/diciembre, Caracas, p. 194.

8 Casal, Jesús María (2003). Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional, Revista de Derecho Constitucional, Nro.8, Editorial Sherwood, julioldiciembre, Caracas, p. 193.

9 Vid. Villamil Portilla, Eduardo (2004). Estructura y redacción de la sentencia judicial, Escuela Nacional de la Judicatura, p.192. Disponible en: [http://enj.org/portal/biblioteca/funcional\\_y\\_apoyo/redaccion\\_sentencias/1.pdf](http://enj.org/portal/biblioteca/funcional_y_apoyo/redaccion_sentencias/1.pdf).

10 Un amplio estudio sobre las características aplicables y que distinguen también a las diversas formas de justicia constitucional, puede buscarse en Canova, Antonio (2012). El modelo Iberoamericano de Justicia Constitucional. Características y Originalidad, Serie Derecho Procesal Constitucional,

modelos en el continente americano, nos valgamos de su rica experiencia, como ha puesto de manifiesto el maestro García Belaúnde en otro lugar.<sup>11</sup>

Por ende, estas líneas se mueven con la flexibilidad, se trate de sistemas distintos al derecho continental – o su forma statute law o ley en sentido continental como prefieren referirse a nosotros los anglo-americanos;<sup>12</sup> ya que en éstos también se han detectado “problemas” en la construcción de sentencias (en orden de distinguir lo que es obiter y lo que es ratio).

## Antecedentes sobre el estado de la cuestión

Las particularidades (complejidades) entre la ratio decidendi y el obiter dicta fue ampliamente tratada durante el siglo XIX por el sistema del common law, según se lee del trabajo de Rodolfo Batiza.<sup>13</sup> Esto parece lógico, si se tiene en cuenta, que en dicho sistema tiene relevancia el precedente vinculante;<sup>14</sup> en cuanto saber, qué aspecto del fallo es lo que constituye realmente el precedente a “vincular” a los otros jueces; y en contrario, qué otra parte solo contiene argumentos aleatorios –que, aunque importantes– no suponen la “obligatoriedad” de aquel.

Pero que se afirme que el “precedente implícito en la ratio decidendi que dio solución al conflicto o conflictos constituye una

norma judicial de Derecho” (De La Vega Benayas),<sup>15</sup> no responde lo que acá se trata.

Estamos implicados en distinguir dentro de toda la argumentación general y “vaga”, la parte del fallo que solo se compone de “elucubraciones” e incluso tangenciales (obiter dicta); pero no primarios o verdaderas normas construidas, donde se constituyen los razonamientos que soportan el “dictum” (nos referimos a la ratio decidendi, cuya precisión es lo más importante en materia de precedentes).

El análisis más completo acerca de la ratio decidendi (en el sistema del common law), o más bien, sobre los métodos para “descubrirla” en las decisiones judiciales, se consigue según Batiza, de un estudio del profesor Goodhart.<sup>16</sup> Colocar en comillas la expresión “descubrir” para referirse el autor a la ratio decidendi, lleva a reconocer las dificultades que componen tal empresa; aspecto también aceptado por otras voces (Por ejemplo, Jerome Frank se refiere a tal acción de “descubrir”, como comenta Solar Cayón).<sup>17</sup>

Salvando las distancias entre uno y otro sistema, aspiramos obtener los datos más relevantes sobre la ratio decidendi en el sistema de precedentes<sup>18</sup> (que nace del derecho consuetudinario inglés)<sup>19</sup> para hacerlos viables en lo posible, en el sistema de derecho continental (incluyendo sus dificultades y problemas).

Empecemos pues. En el trabajo de Goodhart –citando a Chipman Gray– dice:

Debe observarse que, conforme al Common Law, no todas las opiniones expresadas por el juez constituye un prece-

Ediciones Paredes, Caracas.

- 11 García Belaúnde, Domingo (s.f.). La acción de inconstitucionalidad en el Derecho Comparado, en: *Lecturas constitucionales Andinas*, Comisión Andina de Juristas, Nro.1, Lima, pp. 183 y ss.
- 12 Referencia al uso de este término, véase en De La Vega Benayas, Carlos (1970). *Introducción al derecho judicial*, Monografías, Colección de Estudios Jurídicos, Editorial Montecorvo, Madrid, p. 61.
- 13 Batiza, Rodolfo. La “ratio decidendi” en la jurisprudencia y la doctrina angloamericanas, *Anuario, Universidad Autónoma de México*, Nro.21, p.91. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/21/pr/pr7.pdf>.
- 14 Explica Solar Cayón: “Como es sabido, el funcionamiento del common law se sustenta en la doctrina del stare decisis, esto es, en el reconocimiento de la fuerza vinculante de los precedentes vinculantes. La obligación de seguir las normas establecidas por jueces anteriores en la resolución de casos con una base fáctica similar al caso presente constituye el presupuesto básico que dota al sistema de coherencia, en cuanto asegura la igualdad de consecuencias jurídicas ante situaciones de hecho semejantes, y de estabilidad, en cuanto permite la previsión de las futuras consecuencias jurídicas de determinada conducta”. Vid., Solar Cayón, José Ignacio (2005). *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Colección Monografías, Nro.49, Madrid, p. 126.

- 15 De La Vega Benayas, Carlos (1970). *Introducción al derecho judicial*, Monografías, Colección de Estudios Jurídicos, Editorial Montecorvo, Madrid, p. 59.
- 16 Ob. Cit., p.92. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/21/pr/pr7.pdf>.
- 17 Solar Cayón, José Ignacio (2005). *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Colección Monografías, Nro.49, Madrid, p. 129.
- 18 En esta temática, sobre el abordaje del obiter dicta y la ratio decidendi, se recomienda la versión traducida de la obra de los autores Cross y Harris. Cfr., Cross, Rupert y Harris, J.W. *El precedente en el derecho inglés*, Trad. Pulido, María Angélica (2012), Marcial Pons, Madrid, pp.61-69. El hecho que sea traducida esta obra para 2012, da cuenta de la “vigencia” de esta temática.
- 19 Sobre este aspecto del precedente se recomienda: Falcón y Tella, María José (2010). *La jurisprudencia en los derechos romano, anglosajón y continental*, Marcial Pons, Madrid, p. 47.

dente vinculante. A fin de que una opinión tenga fuerza de precedente, deben concurrir dos elementos: debe, en primer lugar, ser una opinión dictada por el juez; y, en segundo lugar, debe ser una opinión cuya formulación es necesaria para decidir un caso particular; en otros términos, no debe ser *obiter dictum*.<sup>20</sup>

Aunque dicho autor sostiene que las razones invocadas por el juez para fundar su decisión no representan la parte obligatoria del precedente,<sup>21</sup> según Batiza otros autores no sostienen lo mismo.<sup>22</sup>

En cambio, dice Batiza refiriéndose a Goodhart, “la lógica del argumento, el análisis de casos anteriores, la exposición de los antecedentes históricos podrán ser completamente inexactos, pero el caso, no obstante, tiene fuerza como precedente”.<sup>23</sup> Sin poner en entredicho el sistema, al mismo tiempo reconoce algunos errores más frecuentes de los jueces en cómo razonan determinados casos<sup>24</sup> (frente a lo que llama malos argumentos). Por esto, viene a decir, que la primera regla para descubrir la *ratio* de un caso, “es que no puede buscarse en las razones en que el juez funda su sentencia”<sup>25</sup> (que pueden, dichas razones, ser erradas como afirmaba atrás).

El funcionamiento de esta regla se entiende mejor con Halsbury en *The Laws of England*, que con mayor precisión explica:

Puede establecerse como regla general que sólo aquella parte de la decisión del tribunal es obligatoria para otros tribunales de jurisdicción concurrente o de rango inferior, consistente en la enunciación de la razón o principio con base en el cual la controversia promovida ha sido realmente resuelta. Este principio subyacente, que constituye el elemento único

20 Batiza, Rodolfo. La “*ratio decidendi*” en la jurisprudencia y la doctrina angloamericanas, Anuario, Universidad Autónoma de México, Nro.21, p.93. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/21/pr/pr7.pdf>.

21 Batiza, ob. cit., p. 93.

22 En nota que se lee a pie de página, ver p. 93.

23 Ob. cit., p. 93.

24 No es línea de este trabajo, pero para Goodhart –citado por Batiza– “a través de lo que podría parecer un método extraño para quienes no estén familiarizados con las técnicas del common law, han sido precisamente algunos de los casos resueltos con base en premisas o razonamientos incorrectos los que han adquirido mayor significación jurídica y, en esa forma, se han establecido nuevos principios que sus autores no tenían conciencia de haber elaborado” (p. 94). De allí que sostenga: “Aun cuando sin suda paradójico, nuestro derecho –dice– debe más a los jueces deficientes que a los jueces preparados” (p. 94).

25 Ob. Cit., p.94.

de autoridad de un precedente, con frecuencia se denomina la *ratio decidendi*.<sup>26</sup> (Resaltado nuestro)

Subrayamos del párrafo anterior, que se asocie la *ratio decidendi* con la autoridad del precedente. Para el autor norteamericano Oliphant, en la identificación de la “*ratio decidendi*”, bástese establecer los hechos establecidos por el juez así como las conclusiones. Explicando, que no son las opiniones de los jueces la que prevalece, sino la manera en que deciden los casos.<sup>27</sup>

A pesar que en principio Goodhart reconoce lo “atractivo” de la tesis de Oliphant en cuanto a la simplicidad,<sup>28</sup> más adelante la contraría cuando afirma que la misma afirmación acerca de la existencia de los hechos, puede ser diferente entre distintas personas/jueces. En estos casos, que los jueces basan sus conclusiones en una serie de hechos que seleccionan (cada uno de manera distinto) por considerarlos substanciales.<sup>29</sup>

De esta forma, para Goodhart un sistema de precedentes pierde sentido si se acepta la conclusión del juez pero no la apreciación de los hechos;<sup>30</sup> pues en este último aspecto, dice nuestro autor mucho más adelante, habiéndose establecido los hechos substanciales con exclusión de los insubstanciales de un caso apreciado por el tribunal, entonces podemos declarar el principio normativo (aplicable) al caso.<sup>31</sup>

Sigue explicando así, que el tribunal crea un principio cuando determina cuáles hechos son substanciales y cuáles no, sobre los que basa su decisión. “De ahí – prosigue Batiza refiriéndose a Goodhart – se sigue que una conclusión basada en un hecho cuya existencia no ha sido determinada por el tribunal no puede establecer un principio. Tenemos entonces – concluye – lo que se denomina *dictum*”.<sup>32</sup>

En resumen, para Batiza, no importa el tema de la terminología de lo que ha de comprenderse dentro de la *ratio* – aspecto

26 Ob. Cit., p.95.

27 Batiza, Ob. Cit., p.96.

28 Batiza, Ob. Cit., p.96.

29 Ob. cit., p. 97.

30 Ob. cit., p. 97.

31 *Ibidem*, p. 104.

32 *Ibidem*, p. 105.

igualmente secundario en opinión de Montrose –.<sup>33</sup> Para aquél, la cuestión quizá principal es –para emplear la expresión de Paton–, que “si la teoría clásica es todavía correcta”; se entiende que “el principio jurídico que el juez consideró necesario para la decisión del caso particular que le fue planteado”;<sup>34</sup> lo es.

Observamos que lo que interesa de la práctica del common law (aun basándose en la teoría clásica), es su identificación como componente del fallo; esto es, cómo han de leerse dichos fallos, que es un poco, el motivo de esta disertación en el campo de la justicia constitucional.

Dentro de este debate, Batiza nos pasea por diversas opiniones de otros autores, donde además de Goodhart y el resto de los atrás citados (Allen, Montrose, Paton, Halsbury, Oliphant, Gray), se refiere también a otros trabajos (de Glanville, Morgan, Lawson, Dias, Simpson, Stone, Holmes). Sin embargo, la afirmación más contundente que nos trae, es cuando reconoce que toda esta teoría en su conjunto, “no ha logrado suministrar un método o sistema que permita identificar sin dificultad la ratio decidendi de los casos”<sup>35</sup> (resaltado nuestro). Dicha posición, coincide con Solar Cayón cuando admite la carencia de un método único para la determinación de la ratio decidendi.<sup>36</sup>

En consecuencia, si llevamos estas afirmaciones al plano del derecho continental, debemos considerar que iguales complicaciones deben conseguirse al momento de distinguir la ratio decidendi, para, en nuestro objetivo, no confundirla con el obiter dicta.

## Ya en temas de justicia constitucional y sus vicisitudes

Si ya es complicada esta distinción en el derecho reglado bajo el common law (o fórmula de stare decisis) imaginemos lo

33 *Ibidem*, p. 108.

34 *Ibidem*, p. 108.

35 *Ob. cit.*, p. 129.

36 Solar Cayón, José Ignacio (2005). El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Colección Monografías, Nro.49, Madrid, p. 131.

que sucederá en nuestra cultura no habituada a dicha institución (del precedente). Efectivamente, en presencia del common law, advierte Toni Fine que no siempre es fácil diferenciar lo que constituye el holding<sup>37</sup> – sustrato o sostén – de la rationale – justificación –.<sup>38</sup>

Entiéndase que la expresión holding es el equivalente a la ratio decidendi “nuestra”, aunque según Magaloni, el término holding es usado en el sistema norteamericano y ratio decidendi en el sistema inglés.<sup>39</sup> Desde allí, agregamos, se pasó al nuestro sistema con las diferencias de rigor, por cuanto – como copiamos de Escovar León – no se corresponde al del case law.<sup>40</sup>

Siguiendo la línea de Fine (acerca de las dificultades de precisar uno y otro elemento), apreciamos que las complicaciones son más intensas en sede constitucional, donde tampoco está clara dicha “diferenciación” (porque aunque la teoría aduzca que aquello está resuelto; para nosotros no lo está).

Así las cosas, para Escovar León,

cuando se trata de la identificación del carácter vinculante de una decisión constitucional, hay que realizar un cuidadoso examen en la fundamentación de la decisión, debido a que es posible que en ella se encuentren unos pronunciamientos que pueden ser integrantes del holding.<sup>41</sup>

37 Holding equivale a ratio decidendi; por ello autores como Sola, suelen referirse indistintamente al “holding” o “ratio decidendi”. En este sentido, expone: “La primera cuestión es la necesidad de definir con algún grado de precisión cuál es el elemento que se debe extraer de una decisión, lo que se llama la ratio decidendi, también llamado holding, y distinguir entre los elementos relevantes jurídicamente y las cuestiones circunstanciales e irrelevantes de decisiones o precedentes anteriores. El principal elemento de discusión entre juristas es saber cuál es la ratio decidendi en un caso y como esta debe ser establecida para el futuro. Esto supone diferenciar el elemento normativo o vinculante del precedente de otras afirmaciones hechas por los jueces que intervienen en el caso generalmente llamadas obiter dicta”. Cfr., Sola, Juan Vicente. Manual de Derecho Constitucional, p. 42. Disponible en: <http://www.profesorjimenez.com.ar/MANUAL%20DE%20DERECHO%20CONSTITUCIONAL.pdf>.

38 Fine, Toni (2011). Stare Decisis e a natureza vinculativa dos precedentes, en: A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais. Desafios do Século XXI, Organizadores: Narciso Leandro (Brasil), Douglass Cassel (Estados Unidos de América), Fundación para el Debido Proceso, Editorial Unoesc, Joaçaba, Brasil, p. 212.

39 Magaloni Kerpel, Ana Laura (2000). El precedente constitucional en el sistema norteamericano, McGraw Hill, Madrid, p. 81.

40 Escovar León, Ramón (2003). El precedente constitucional: Definición y límites, Revista de Derecho Constitucional, Nro.8, Editorial Sherwood, Caracas, p. 235.

41 *Ob. cit.*, p. 232.

Lo que viene a decir que habrá otros razonamientos que, aunque formen parte de la motivación de ese holding (*ratio decidendi*), no necesariamente constituyen precedente.

En el sistema de derecho continental la situación no parece distinta.

En España, el maestro Rubio Llorente frente al sistema de justicia constitucional, manifiesta que sus largas sentencias<sup>42</sup> dificultan la precisión de cuál de sus partes es el *obiter dictum*, y cuál el *dictum*.<sup>43</sup>

Esta situación (“problemática” por las extensas sentencias), apreciamos, puede ser idéntica en el caso venezolano, donde se complican las lecturas de las sentencias de justicia constitucional acerca de qué parte es lo que constituye la *ratio decidendi* y qué parte es *obiter dicta*. La cosa no queda allí, porque tampoco se pueden distinguir con facilidad los fallos que constituyen verdaderos precedentes vinculantes.

Sin querer justificar alguna falencia, no somos los únicos, desde que Perú, con una tradición más enérgica de la justicia constitucional, en sus primeros momentos se pensó que toda sentencia constitucional constituía precedente vinculante; aspecto después resuelto con la definición de reglas más claras –según leemos de Paredes Bedregal–.<sup>44</sup>

En Venezuela con menor tradición en tan novísima institución del “precedente” estamos ante un verdadero desafío. A pesar de estar establecido por la propia Sala Constitucional en forma expresa, que constituye el precedente vinculante únicamente lo contenido en la *ratio decidendi* de sus fallos (no está diciendo nada que no sepamos). Porque, se constata que en materia de precedentes no hay una solución unívoca, donde a veces se tiene como obligatorio verdaderos *obiter*.

42 Habiendo estudiado en España, constatamos las dificultades de “leer” tales fallos, a veces tan largos (novelescos) que uno pierde la noción entre los tantos fundamentos jurídicos. Cada párrafo contiene lo que ellos llaman “fundamentos jurídicos” (FJ).

43 Rubio Llorente, Francisco. El Tribunal Constitucional, España, s.f., p. 23.

44 Paredes Bedregal, Emmel Benito (2012). El precedente y la jurisprudencia constitucional. Del common law del civil law al sistema jurídico peruano, en: *Ágora Constitucional*, Homenaje póstumo a Jorge Carpizo Mac Gregor, Revista especializada en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, año 1, Número 1, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, p. 143.

En consecuencia, un primer problema que afrontar, sería distinguir en sede de la justicia constitucional, cuáles sentencias son vinculantes frente a las que no son vinculantes; y un segundo problema (atinente a esta ponencia), establecer dentro de las llamadas sentencias vinculantes qué parte de las mismas es lo que realmente constituye precedente obligatorio. Para el primero de estos problemas, puede apreciarse algunas sentencias que se registran o se ordena su publicación en la Gaceta Oficial (que es el mecanismo “oficial” por excelencia), pero hay otras que no lo ordena e igualmente constituyen precedentes vinculantes; circunstancia esta que por la falta de uniformidad de criterios ha sido criticada por otros – como Granadillo Colmenares–.<sup>45</sup> Siempre será importante tal distinción; que una vez resuelta, nos lleve dentro de las sentencias vinculantes<sup>46</sup> poder establecer qué parte de sus fallos son los que realmente son obligatorios (en el sentido de distinguir la *ratio* de lo que es *obiter dicta*).

En el caso venezolano, a pesar de reconocer su jurisprudencia que solo la *ratio decidendi* –y no lo que es *obiter dictum*– sería el elemento vinculatorio u obligante; hemos observado que en la construcción de las sentencias suelen apreciarse ciertas confusiones en el tratamiento indiscriminado de razones *obiter dicta* como *ratio decidendi*, y viceversa. Puede verificarse por ejemplo, al leerse la sentencia del caso *Asodiviprilara*<sup>47</sup>, que impugnó la constitucionalidad de los contratos de “adhesión bancaria” y que explicó la naturaleza del Estado social, cuyo contenido supera las 100 páginas –donde además dio lugar a otros fallos subsiguientes relacionados por vía de “aclaratoria<sup>48</sup>/ampliación<sup>49</sup>” acerca de sus

45 Granadillo Colmenares, Nancy (2009). Sentencias vinculantes de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia 2000-2007, Ediciones Paredes.

46 Sobre la situación de las sentencias vinculantes en Venezuela, el estudio más completo responde a la tesis doctoral del profesor Rubén Laguna, quien logra distinguirlas en varios grupos: (i) decisiones que señalan expresamente su carácter vinculante; (ii) decisiones que no señalan expresamente su carácter vinculante, pero que han sido “acatadas” como tal; (iii) decisiones cuya publicación en Gaceta oficial es ordenada por el propio fallo; hasta (iv) decisiones que fijan su carácter vinculante en el tiempo. Vid., Laguna Navas, Rubén (2005). La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: Su rol como máxima y última intérprete de la Constitución, Serie: Trabajo de Grado, Nro.7, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1ª ed., Caracas, pp.262-271.

47 Sala Constitucional, sentencia 85/2002. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/85-240102-01-1274%20.htm>.

48 Por ejemplo, Sala Constitucional, sentencia 961/2002. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/mayo/961-240502-01-1274.htm>.

49 Por ejemplo, Sala Constitucional, sentencia 313/2002. Disponible en:

efectos– (en su lectura uno a veces no distingue dentro de sus argumentos, qué parte constituye el obiter y qué parte la ratio decidendi). Algo que parece ocurrir con la más famosa sentencia *Marbury vs. Madison*, que para algunos, toda ella constituye puramente obiter dicta en sí misma.<sup>50</sup>

En nuestro caso, el profesor Peña Solís en su intento de responder qué parte (de las sentencias) constituye jurisprudencia vinculante, precisa primero que lo sería, “sólo esa parte (motiva) de la sentencia”,<sup>51</sup> aunque después cierra la idea que “también la parte dispositiva de la sentencia es jurisprudencia constitucional”.<sup>52</sup>

La anterior observación, valedera, sin embargo, no responde para nosotros el tema que queremos: la distinción de los razonamientos obiter dicta y ratio decidendi, en cuanto a su diferenciación y posible aceptación como elemento “vinculante”. En todo caso, tampoco es esta la oportunidad por razones de espacio y objetivos, de analizar si efectivamente como afirma el distinguido maestro Peña Solís, tanto la «motiva» – donde no tenemos dudas– como la “dispositiva” –allí nos surgen algunas dudas – forman parte del elemento vinculante de jurisprudencia constitucional; aspecto “problemático” que el propio autor reconoce.<sup>53</sup>

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/febrero/313-210202-01-1274%20.htm>.

50 Como comenta Arbello, Gustavo. Disponible en:

<http://www.saberderecho.com/2005/12/el-discreto-encanto-del-obiter-dictum.html>.

51 Peña Solís, José (2009). Las fuentes del derecho en el marco de la Constitución de 1999, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), Caracas, p. 168.

52 Ob. cit., p. 168.

53 Reconociendo las dificultades de esa afirmación, explica el profesor Peña Solís en su trabajo citado: “la determinación de si las dispositivas de las sentencias proferidas por la Sala Constitucional, pueden ser calificadas de ‘jurisprudencia constitucional’, no está exenta de complejidad, lo que impide hacer un pronunciamiento a priori al respecto; sin embargo, el criterio operativo que hemos propuesto para realizar

dicha determinación ayuda mucho, pero por supuesto que no basta intentar aplicarlo mecánicamente” (p.171). Asimismo, líneas seguidas que en caso “de que la parte dispositiva de una sentencia producto del ejercicio de competencias antes indicadas, no pueda llegar a calificarse, después de recurrir al señalado criterio operativo, de jurisprudencia constitucional, de ninguna manera implica que las interpretaciones de las normas o del principio constitucional invocados por las partes que sirvieron de fundamento a esa dispositiva deban, por esa razón ser también descalificadas como tal jurisprudencia” (p. 172). Vid., Peña Solís, José (2009). Las fuentes del derecho en el marco de la Constitución de 1999, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), Caracas, pp. 171-172.

En el Perú, su Tribunal Constitucional (STC-24-2003-AI/TC) ha sido explícito en el tema distinguiendo la razón suficiente (ratio decidendi) de la razón subsidiaria o accidental (obiter). Refiriéndose a la primera como la formulación principista del fundamento de la decisión; y la segunda, como una óptica global acerca de las aristas de la materia decidida.<sup>54</sup> En materia de precedentes vinculantes (Título Preliminar artículo VII del Código Procesal Constitucional) se repite en otro fallo (Exp.006-2006-PC/TC) que es en la motiva en donde hay que ubicar la ratio decidendi –o “hilo lógico” del razonamiento de jueces, dice– pero también lo que es obiter dicta;<sup>55</sup> con lo cual nada aporta para “leer” claramente su distinción.

En Alemania, las sentencias del Tribunal Constitucional Federal vinculan no solo en su parte dispositiva, sino también en su ratio decidendi<sup>56</sup> –tesis que coincide con la del prof. Peña Solís aquí en Vzla.–; pero que tampoco indica alguna “técnica” para facilitar la lectura en sus fallos respecto a la distinción/identificación de las razones jurídicas (ratio decidendi) de las simples razones accesorias (obiter dicta).

Revisada la jurisprudencia que “aparentemente” es clara en reconocer las diferencias entre ratio decidendi y obiter dicta, concluimos que en conjunto no aportan alguna metodología o técnica para distinguir de cada fallo, tales componentes. Hasta el momento no tenemos “método” apropiado en este sentido, antes bien, lo que viene ahora confirma el temor que tenemos: que estemos en presencia de una compleja tarea práctica.

En conclusión, por mucho que se entienda con Escovar León respecto a la ratio decidendi que “el carácter vinculante de la sentencia constitucional se centra en lo que constituye el núcleo de la motivación y no puede extenderse a los sectores marginales o periféricos de la motivación”;<sup>57</sup> y, con Casás se entienda como

54 Vilcapoma Ignacio, Miguel (2013). La sentencia constitucional a la cosa juzgada y al precedente vinculante, en: IV Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. Los Retos del Derecho Procesal Constitucional a partir del Análisis de las Sentencias Constitucionales, Colegio de Abogados de Arequipa, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, abril, Arequipa, Perú, pp. 426-427.

55 Ob. cit., p. 439.

56 Ob. cit., p. 433.

57 Escovar León, Ramón (2003). El precedente constitucional: Definición y límites, Revista de Derecho Constitucional, Nro.8, Editorial Sherwood, Caracas, p. 237.

obiter dictum aquellas “afirmaciones contenidas en las sentencias judiciales sobre aspectos jurídicos que, sin ser imprescindibles para resolver el caso que se falla, importan anticipar criterios del juzgador”;<sup>58</sup> en realidad no se tiene claro la manera de tal distinción en el cuerpo de cada fallo.

Y no, porque la llamada razón suficiente (ratio decidendi) puede encontrarse bien expresamente formulada en la sentencia, bien que puede ser inferida por vía del análisis de cada decisión<sup>59</sup> – como explica Vilcapoma Ignacio –; lo que en nuestro criterio, viene a enriquecer la fórmula del precedente desde su dinamismo por vía del intérprete (como fuente de derecho vivo) pero que al mismo tiempo complica su existencia en la medida que deja un campo abierto a la especulación en que no se sabe a ciencia cierta qué parte es realmente lo vinculante.

Estamos en presencia de verdaderas “fronteras invisibles” en la identificación de uno y otro elemento en cada fallo; aspecto que ya advertía atrás Batiza. Hasta el momento, seguimos pues sin “descubrir” (en el sentido de Goodhart y Frank) los mecanismos/métodos útiles en esa distinción.

Si se tiene que la ratio decidendi debe “descubrirse” ya que no siempre se tiene por “expresa” lo que compone lo vinculante, pues puede también “deducirse” en forma implícita, y que incluso deba “descubrirse” aún si dicha ratio está expresamente, nos lleva a plantearnos, ¿cómo haríamos para identificar la ratio decidendi y diferenciarla del obiter dictum de cada fallo? La cuestión no está tan clara como se quisiera.

Veamos. La jurisprudencia constitucional en Alemania ha sostenido que el carácter vinculante de sus sentencias, recae tanto en la “dispositiva” (contentivo de la anulación del precepto, del mandato del restablecimiento del derecho o de otra conse-

58 Casás, José Osvaldo (1992). Presión Fiscal e Inconstitucionalidad, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992, p.147. En el mismo sentido, véase también: Noel v. Olds, 78 U.S. App.D.C.155, 138 F.2d.581, 586 y Black’s Law Dictionary 1072, 6a edic., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1990; citado por Barnola, José Pablo (2001). La prueba del IVA soportado, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Nro.121, Caracas, p. 276.

59 Vilcapoma Ignacio, Miguel (2013). La sentencia constitucional a la cosa juzgada y al precedente vinculante, en: IV Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. Los Retos del Derecho Procesal Constitucional a partir del Análisis de las Sentencias Constitucionales, Colegio de Abogados de Arequipa, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 1ª ed., abril, Arequipa, Perú, p. 427.

cuencia propia de los procesos constitucionales); como en las “razones principales” que lo fundamentan (tregende Gründe).<sup>60</sup> Esto sin embargo, no responde cómo se hace para “separar” esas razones principales de aquellas que por accesorias constituyen el obiter de cada fallo y en tanto, aunque importantes a los fines del razonamiento; no forman parte de la vinculatoriedad.

Colombia lleva rato metido en este asunto. Tales distinciones – siguiendo a Laguna – se abordan desde el Consejo Superior de la Judicatura, cuya corporación

ha señalado en forma reiterada la distinción entre los denominados ‘obiter dicta’ y los ‘rationi decidendi’, entendidos los primeros como las afirmaciones dichas sea de paso que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión; en tanto que los segundos, son entendidos como los fundamentos jurídicos suficientes que resultan inescindibles a la decisión sobre un determinado punto de derecho.<sup>61</sup>

En su conjunto, no tenemos dudas de las explicaciones teóricas para distinguir ambas figuras. Lo que no nos queda claro – ni convence del todo – son algunas “soluciones” presentadas por la justicia constitucional para resolver esta problemática, como en el caso de Colombia y su prestigiosa Corte Constitucional. Es así como, para explicar la doctrina constitucional sobre el valor de las sentencias de constitucionalidad abstracta, por ejemplo, recurre a un viejo expediente o tesis de la “cosa juzgada implícita”. Nos referimos a la sentencia C-131/93, que según leemos con López Medina, “también son obligatorios aquellos apartes de las motivaciones o consideraciones de la Corte ‘que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia’”.<sup>62</sup>

Con ese criterio:

Tales apartes son obligatorios en los procesos de constitucionalidad, mientras que el resto de la motivación solo tiene valor indicativo o auxiliar, de conformidad con el tradicio-

60 Casal, Jesús María (2003). Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional, en: Revista de Derecho Constitucional (Obra Colectiva), Nro.8, julio/diciembre, Caracas, p. 197.

61 Laguna Navas, Rubén (2005). La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: Su rol como máxima y última intérprete de la Constitución, Serie: Trabajo de Grado, Nro.7, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, pp. 222-223.

62 López Medina, Diego Eduardo (2008). El derecho de los jueces, Universidad de Los Andes, Ediciones Legis, 2ª edic., Bogotá, p. 58.

nalismo de fuentes. Tales indicaciones indicativas o auxiliares – dice este autor – pueden ser usualmente denominadas *obiter dictum*. En cambio, aquellos apartes que se recubren implícitamente con el valor de la cosa juzgada constituyen la *ratio decidendi* del fallo, esto es, las consideraciones sin las cuales el fallo no tendría pleno significado jurídico.<sup>63</sup>

Este aporte, nos deja sin embargo con algunas dudas respecto su utilidad y si, como creemos, tampoco define en una línea clara cuáles argumentos o razones guardan una unidad de sentido con respecto del dispositivo. Suele ocurrir que las razones de *obiter* y de *ratio decidendi*, se entrelazan y hasta confunden; dificultando su lectura. La misma Corte intenta definir bien estos conceptos<sup>64</sup> y asume que son (aparentemente) de fácil diferenciación.

Con ese objetivo, entendemos que ciertas razones dependen directamente del dispositivo, que sin aquellas, el mismo sería imposible (o inentendible). Es decir, “los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se puede entender éste sin la alusión a aquéllos”.<sup>65</sup> Pero ello no implica, ni evita que existan otras razones accesorias – o subsidiarias –<sup>66</sup> (*obiter*) que puedan confundirse con las verdaderas razones de decisión (*ratio decidendi*) y que igualmente formen parte de la motivación. Esta teoría parece indicar, que formará parte de la *ratio decidendi* – aunque no se diga – toda alusión que se conecte directamente con el “*dictum*”<sup>67</sup> o fallo.

63 Ob. cit., p.58.

64 Sobre estos conceptos ver las sentencia SU- 047 de 1999, sentencia C- 836 de 2001 y C-335 de 2008, entre otras. Respecto de estos conceptos, ha dicho por ejemplo en la C-539/2011: “Sobre el nivel de vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional, esta Corte ha precisado, que es necesario distinguir entre los tres componentes básicos de los fallos de constitucionalidad: la *ratio decidendi*, los *obiter dictum* y el *decisum*”. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-539-11.htm>.

65 Sentencia C-478 de 1998. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero, citada en Sánchez Baptista, Néstor Raúl (2010). Tipos y efectos de las sentencias de la Corte Constitucional, en Anuario de Derecho Procesal Constitucional, Año Nro.1, Ediciones Doctrina y Ley, Ltda., Bogotá, D.C., Colombia, p. 158.

66 Los autores Díez-Picazo y Gullón, para referirse a los *obiter*, distinguen el trabajo intelectual del juez como argumentación subsidiaria. Vid., Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. Sistema del derecho civil, vol. I, 8, II, 10ª ed., Madrid, Ed.Tecnos.

67 El sistema de precedentes tiene la particularidad, o elasticidad –si se quiere– que los órganos judiciales están en la obligación de abandonar los precedentes al mismo tiempo según las exigencias de flexibilidad y cambio. Como se afirma en Courtis: “corresponderá al Poder Judicial evaluar la

Esta figura – en palabras de López Medina – le ha dado flexibilidad a la Corte, y afirma:

como queda demostrado con la C-063/98, M.P. Jorge Arango y José Gregorio Hernández. En esta sentencia – explica – la Corte se ve precisada a interpretar retroactivamente la C-185/97, M.P. José Gregorio Hernández y para ello, en la parte motiva dice: “Se advierte que lo decidido en la parte motiva de esta sentencia guarda una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive de la misma. Todo lo dicho en la parte motiva, es básico, necesario e imprescindible para servir de sustento a la decisión inhibitoria adoptada.”<sup>68</sup>

Sobre tal “recurso”, como dice López Medina, la Corte no se preocupa en explicarle al lector de la anterior advertencia; pero queda claro para el mismo, que mediante semejante declaración expresa, “pretenden cubrir toda la parte motiva con la fuerza de la cosa juzgada (implícita)”.<sup>69</sup> Esta afirmación del autor confirma lo que se viene diciendo atrás, que también puede deducirse la *ratio* “implícitamente” – coincidiendo con Vilcapoma Ignacio, en el caso peruano –.

Por su parte, Sánchez Baptista refiriéndose a los contenidos de las sentencias que pasan en autoridad de cosa juzgada implícita– la explica como aquella parte resolutive que “remite a las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia, caso en el cual la *ratio decidendi* queda también cobijada por la fuerza de la cosa juzgada”.<sup>70</sup> Los problemas de tal distinción no

vigencia histórica de los valores encarnados en un precedente y, en caso de incompatibilidad o anacronismo, modificar su línea

jurisprudencial y elaborar un nuevo *dictum* acorde con las valoraciones y exigencias sociales del presente”. Vid., Courtis, Christian (2004). Caracterización de la actividad de los tribunales, en: Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos, Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro y Rodolfo Vázquez (Compiladores), Universidad Autónoma de México, Editorial Porrúa, México, p.405. En este tema interesa saber, como explica Carrillo De la Rosa que el uso de los precedentes vinculantes se encuentra justificado desde la teoría del discurso; de forma que lo asimila como una extensión del principio de universalización así como a la regla de justicia formal que exige tratar de igual manera a lo igual. Explica asimismo que la obligación de seguir el precedente no es imperiosa, “pero en caso de que ello suceda –dice–, la carga de la prueba se traslada a quien quiera apartarse de éste”. Vid., Carrillo De la Rosa, Yezid (2009). Teorías de la Argumentación y el Razonamiento Jurídico, Ediciones Doctrina y Ley, Ltda., Bogotá, D.C., pp. 241-242.

68 López Medina, Diego Eduardo (2008). El derecho de los jueces, Universidad de Los Andes, Ediciones Legis, 2ª edic., Bogotá, p. 58 (en nota a pie de página).

69 Ob. cit., p.58.

70 Sánchez Baptista, Néstor Raúl (2010). Tipos y efectos de las sentencias de la Corte Constitucional,

son pocos, como viene a reconocerse en el mismo trabajo. Se trata de un asunto sumamente complejo, “ya que la sentencia precedente no suele establecer – ni tiene porqué hacerlo – una diferenciación formal entre una y otra argumentación”.<sup>71</sup> En este último aspecto, no estamos de acuerdo con este autor; ya que parte de nuestra propuesta es obligar del juez a hacer esa diferenciación.

En orden de lo expuesto, recurrimos otra vez a los comentarios que trae López Medina, quien reconoce que la Corte de su país ha usado varios criterios –que llama formulaciones alternativas– para distinguir aquellos apartes de los fallos que quedan cubiertos por su obligatoriedad. Esto es, que constituyen la *ratio decidendi* y que resume: (i) aquellos que “establecen el principio general de la decisión tomada” (SU- 047/99); (ii) aquellos que “guardan una unidad de sentido con el dispositivo” (C-131/93) o (iii) aquellos que “están íntima e inescindiblemente unidos con la parte resolutive de la sentencia” (C-038/96).<sup>72</sup>

Del resto, todos los demás razonamientos que no constituyen la *ratio decidendi* (y que no encajan en las posibilidades citadas), concluye, pueden ser considerados *obiter dictum*, tenidos por tal, aquellos pasajes de la sentencia propio del derecho jurisprudencial, referido a que “se dicen cosas ‘de pasada’ o incidentalmente, sin que ello constituyan el meollo del asunto jurídico que se está resolviendo”;<sup>73</sup> argumentos a los que se refiere con los calificativos de superabundantes, eruditos o de mera referencia.<sup>74</sup>

La Corte Constitucional Colombiana, parafraseando a López Medina, para “atacar” esos apartes incidentales de una sentencia que se pretende hacer valer como precedente vinculante – pero sin que lo sea – ha hablado de cosa juzgada aparente.<sup>75</sup> En este aspecto, nos detendremos unas breves líneas, para que, sin reconducir este debate, alertar que bajo esta figura (cosa juzgada

aparente), la jurisprudencia venezolana ha recurrido a su expediente para revisar por vía excepcional en justicia constitucional (Sala Constitucional) aquellas sentencias definitivamente firmes del resto de las “jurisdicciones” que, aunque hayan alcanzado cosa juzgada material, se tenga por “aparente” si son obtenidas mediante fraude procesal; circunstancia que permitiría su revisión por tratarse de un caso de “cosa juzgada aparente”<sup>76</sup> – de ahí su nombre –. Puntualizando, y para evitar confusiones, debemos recordar que también Colombia – como Venezuela – tiene su proceso de revisión constitucional – en los casos de sentencias de tutela –; pero hay que distinguir, que la acá estudiada como cosa juzgada aparente, en el caso colombiano, es como observamos, bien distinto al tratamiento venezolano.

Hecha la aclaratoria y distinción, volvamos al quid de este tema, en relación a las distinciones en la motivación de las sentencias constitucionales de los razonamientos *obiter dictum* y *ratio decidendi*. Dos ideas resaltan del contexto colombiano por la importancia de sus aportes.

Primero, que el concepto de la cosa juzgada aparente se ha venido asociando como similar al *obiter dictum*;<sup>77</sup> es decir, aquella que, no obstante “necesaria” dentro de los argumentos jurídicos, no constituyen per se el propio precedente, que sí lo constituye en cambio la *ratio decidendi*.

Segundo, aclarar que cuando López Medina se refería atrás a que la Corte “atacó” el argumento que no puede ser parte de su precedente obligatorio lo accesorio o lo que constituye el *obiter dictum*, lo entendemos líneas después, cuando en las sentencias C-222 y C-245, ambas de 1996, en una complicada “trama política” (el llamado caso Morales calificado como “polémico”<sup>78</sup> por el mismo autor), se “mantuvo” la disciplina del precedente (u obligación en casos futuros); mientras “desechó” la presunta, por

en Anuario de Derecho Procesal Constitucional, Año Nro.1, Ediciones Doctrina y Ley, Ltda., Bogotá, D.C., Colombia, 2010, p. 198.

71 Ob. cit., p. 198.

72 López Medina, Diego Eduardo (2008). El derecho de los jueces, Universidad de Los Andes, Ediciones Legis, 2ª edic., Bogotá, p. 219.

73 Ob. cit., p. 219.

74 Ob. cit., p. 219.

75 Ob. cit., p. 219.

76 La sentencia primigenia que abrió lugar a esta figura, fue el caso: Intana, sentencia 909 del 04 de agosto de 2000, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/909-040800-00-1723.htm>.

77 López Medina, Diego Eduardo (2008). El derecho de los jueces, Universidad de Los Andes, Ediciones Legis, 2ª edic., Bogotá, p. 119.

78 Más adelante en sus conclusiones, ob. cit., p. 230.

ser meramente aparente (que solo contenían obiter dicta sobre el punto de la responsabilidad penal de los congresistas).<sup>79</sup>

Independientemente de las dificultades aludidas al inicio de este ensayo, respecto a la problemática observada sobre las lecturas de las sentencias constitucionales para distinguir – y no confundir – las razones que componen el elemento “decisivo”, que en clave argumentativa sería la ratio decidendi; frente al elemento “accesorio” – aunque necesario – que sería el obiter dicta; para la Corte colombiana tal distinción entre ratio y dicta es sencilla y puede darse por descontada –como comenta López Medina –;<sup>80</sup> cuestión con la que no vamos a estar de acuerdo.

Esta supuesta sencillez en develar las diferencias de uno y otro componente entre los razonamientos que constituyen la motivación general de la sentencia, queda contrariado cuando la propia Corte en otro lado, específicamente en el fallo C-836/2001, reconozca: “La ratio decidendi de un caso, por supuesto, no siempre es fácil de extraer de la parte motiva de una sentencia judicial como tal”<sup>81</sup> (destacado nuestro).

Llama la atención pues, que por un momento se diga que es una cuestión “sencilla” (casi mecánica) de lo que constituye obiter dicta de la ratio decidendi, y que luego también se reconozcan las dificultades que nacen de la diferenciación práctica. Esta ambivalencia, hace que autores como Urrea, refiriéndose al concepto que tiene dicha Corte sobre la ratio decidendi, opine “que no aporta soluciones a los problemas prácticos que concita la lectura de la jurisprudencia”,<sup>82</sup> afirmación esta con la que nos vamos a apoyar.

En nuestro criterio, la construcción argumentativa de la justicia constitucional colombiana resulta de interés;<sup>83</sup> pero que en sí

79 Ob. cit., p. 220.

80 López Medina, Diego Eduardo (2008). El derecho de los jueces, Universidad de Los Andes, Ediciones Legis, 2ª edic., Bogotá, p. 230.

81 Ob. cit., p.248.

82 Urrea, Jhomny (2010). La ratio decidendi en el derecho colombiano, Centro de Investigaciones Francisco de Vitoria, Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho, Bogotá, Disponible en: [http://numanterioresviei.usta.edu.co/index.php?option=com\\_content&view=article&id=54:la-ratio-decidendi-en-el-derecho-colombiano&catid=46:decima-edicionreflexiones-academicas&Itemid=133](http://numanterioresviei.usta.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=54:la-ratio-decidendi-en-el-derecho-colombiano&catid=46:decima-edicionreflexiones-academicas&Itemid=133).

83 En este tema, véase igualmente: Rodríguez Alzate, Sergio (2010). Interpretación constitucional y judicial. Cómo leer sentencias judiciales, en: Prolegómenos, derecho y valores, Volumen XIII, Nro.26, Bogotá, 2010, pp. 79 y ss.

misma no ha resuelto en modo alguno los motivos que orientaron esta ponencia: solucionar las confusiones prácticas que se presentan desde la lectura de sentencias constitucionales en cuanto a la distinción de lo que es obiter dicta y lo que es la ratio decidendi. No quedamos conforme que se sostenga “que es ratio todo aquello que no es dicta y viceversa”,<sup>84</sup> como parece sostener la Corte Colombiana.

Dicha tesis, parece en “principio” coincidir con Michael Dorf – citado por el propio López Medina –, quien refiriéndose a los jueces norteamericanos, afirma: “Los jueces frecuentemente parecen asumir que la diferencia entre ratio decidendi y dictum es una cuestión rutinaria y sin controversia”.<sup>85</sup> Sin embargo, ello no es así, cuando en efecto el mismo autor sostiene más adelante, que “un examen del tipo de afirmaciones que las Cortes rotulan como dicta revela grandes inconsistencias”;<sup>86</sup> tesis ésta última que seguimos nosotros, según concluimos del aprendizaje a que llegamos luego leer varias sentencias de justicia constitucional –no circunscritas exclusivamente al caso de Venezuela –.

Con todo lo expuesto, nos convencemos con López Medina, quien con la acuciosidad de siempre, se plantea presentar un modelo teórico – para su país – que permita avanzar en la comprensión de los usos de la ratio y dicta.<sup>87</sup> En este corto trabajo, no estamos para presentar modelos teóricos –pues escapa de los objetivos tan simples de este ensayo–; pero sí, presentar respuestas prácticas frente a la redacción de sentencias con el objeto de evitar la confusión entre los razonamientos obiter y los razonamientos dictum. En todo caso, estamos con él cuando afirma: “he tratado de mostrar que la distinción entre ratio y dicta es más compleja de lo que se supone y que, adicionalmente, la Corte en sus sentencias utiliza distintas nociones implícitas de ratio decidendi”.<sup>88</sup>

Bajo el mismo supuesto anterior, esta vez referido al caso español, apuntan Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, que: “La

84 López Medina, Diego Eduardo (2008). El derecho de los jueces, Universidad de Los Andes, Ediciones Legis, Bogotá, 2ª edic., Bogotá, p. 231.

85 Ob. cit., p. 230 (en nota a pie de página).

86 Ob. cit., p. 230 (nota en pie de página).

87 *Ibidem*, p. 231.

88 *Ibidem*, p. 231.

distinción entre lo que en cada sentencia es verdadera ratio decidendi y lo que son puros obiter dicta constituye una delicada tarea de interpretación de la sentencia que no es nunca fácil de hacer<sup>89</sup> (resaltado nuestro). Seguimos entonces en un campo de arenas movedizas.

En consecuencia, a pesar de las respuestas hechas desde distintos tribunales constitucionales (Alemania, Colombia, España, Perú y Venezuela, principalmente entre los citados) sobre que solo los razonamientos de la ratio decidendi constituyen el elemento vinculante (aspecto no discutido); nos encontramos ante un problema práctico, cuando nos ha correspondido leer sus propios fallos, en donde denotan algunas “confusiones” de tales componentes.

No siendo nosotros los más autorizados por esta preocupación – amen de advertir la dificultad –, nos contenta que otros destacados autores así lo sostengan (Fine, Rubio Llorente, Díez-Picazo, Gullón, López Medina, Villamil Portilla).

En resumen, creemos que estas dificultades – caso reconocerse – pueden ser solventadas con argumentos bien simples; y que son extensibles a los sistemas de justicia constitucional, como a los que no lo son.

## Nuestra propuesta (conclusiones)

Casi toda la doctrina autorizada explica las diferencias entre obiter dicta y ratio decidendi; pero casi ninguna acierta en dar “soluciones” en la manera de distinguirse en la práctica. Ni siquiera los teóricos del common law aportan métodos en tal distinción (Goodhart, Allen, Montrose, Paton, Halsbury, Oliphant, Gray, Glanville, Morgan, Lawson, Dias, Simpson, Stone, Holmes).

Otra pequeña parte de los teóricos advierte de las enormes dificultades que conllevan en algunos casos distinguir de los fallos, aquellos razonamientos que constituyen el obiter dicta y los que constituyen la ratio decidendi; sin que escapen de tal

realidad ninguno de los sistemas (por el common law, destacan Michael Dorf y Toni Fine; en el derecho continental, entre todos, especialmente Guastini, López Medina, Villamil Portilla, Díez-Picazo, Gullón).

De la lectura de cientos de fallos en general, y específicamente en el área de justicia constitucional de los distintos sistemas, encontramos ciertas falencias – no de simple orden cosmético –. No en cuanto a la erudición – donde los juristas podemos sobresalir –, sino en la construcción “práctica” de toda sentencia; sobre todo al momento de hacer aquellos razonamientos “generales” (obiter) que preparen el discurso – en su clímax – para conducirlo a las razones donde queremos (ratio).

Esta tesis se presenta como pragmática, y no busca responder los elementos a distinguir para “formar” el razonamiento judicial, ni proponer un método, pues eso está fuera de nuestro propósito. El asunto está en que cuando se haga una lectura de sentencias constitucionales, pueda aproximarse en forma “directa”, a qué parte se refiere el tribunal como obiter; y a qué parte (del mismo fallo) el tribunal está razonando en términos de verdaderas razones que constituyen su precedente – en los casos que tengan esa característica –.

Sin entrar a las consideraciones acerca de la independencia judicial que “debe” gobernar a las instancias judiciales en general y en mayor distingo en las mediaciones de la justicia constitucional; sostenemos que dentro de la “libertad” que tiene cada juez en la elaboración de sus propios fallos, deberíamos puntualizar una serie de componentes que, sin mayor formalidad, “informen” fehaciente al lector (justiciable), qué aspectos de cada sentencia constituyen únicamente las vacilaciones que hace todo operador para “aterrizar sus ideas” – y que como son obiter no son por tanto “obligantes”–; frente a aquellas ya no solo elucubraciones; como sí, las verdaderas razones jurídicas para determinar o resolver el tema decidendum, y que constituirían en ese contexto la ratio decidendi. Se trata de señalar unas pautas al juzgador en la construcción de los fallos; sin imponer un modelo de sus fallos.

En este orden, defendemos que el valor del precedente debe estar expresamente señalado en la propia ratio decidendi, y cuando decimos esto, nos referimos a que aparezca en forma

<sup>89</sup> Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón. Sistema del derecho civil, vol. I, 8, II, 10ª ed., Tecnos, Madrid, p. 154.

absoluta y sin medias tintas. Alguien puede argumentar en contrario (y vamos a respetarlo), que la riqueza de la jurisprudencia y la forma misma del valor del precedente, debe permitir esa flexibilidad de ser (incluso) “inferido” en otros casos, aunque no aparezca en forma expresa; pero preferimos a éste último que seguir en la marea de las confusiones advertidas a lo largo de esta ponencia.

En consecuencia, para evitar las ya mentadas confusiones en cuanto a la lectura de fallos constitucionales en la relación bien específica de la ratio decidendi frente a lo que constituye únicamente a fines “ilustrativos” el obiter dicta, proponemos en forma sencilla:

a) Que en la redacción de las sentencias se diga expresamente que determinado asunto constituye una emanación del poder vinculante del fuero constitucional, y no dejar cabos sueltos – como el caso venezolano – donde no se distingue aplicación homogénea por la propia Sala Constitucional, acerca de los criterios que imperan para que se tenga como vinculantes sus fallos. Es decir, que el juzgador haga gala de su precisión y concisión al momento de expresar sin lugar a dudas, cuál es el argumento que tendría interés de resaltar como la verdadera razón jurídica (o razones, si las hubiere), y por ende, de carácter obligatorio, ergo, vinculante.

b) Que se ordene asimismo (en razones de esa vinculatoriedad) que sean publicadas dichas sentencias en la Gaceta Oficial o en cualquier mecanismo oficial que se maneje en cada país – ejemplo, el Boletín Oficial del Estado, en el caso español –.

c) Que de la lectura de cada fallo se establezca con meridiana claridad, que determinados razonamientos (y que se diga expresamente) solo forma parte de las argumentaciones “accesorias” del juzgado, nos referimos al obiter dictum, y que no constituyen la parte de cuya vinculatoriedad reza el mismo fallo; con ello evitar más confusiones de los justiciables y demás interesados en su lectura (véase el caso Morales en Colombia atrás citado). La cuestión se reduce a empezar un párrafo en forma de capítulos (obiter) y terminar con otro (ratio decidendi) donde se analicen los razonamientos por separado. Un ejemplo de este tipo de asuntos, aunque no de la forma que deseamos, ha sido

observado en pocas ocasiones por la Sala Constitucional; cuando ha separado “expresamente” en capítulos apartes, el obiter de la decisión, pero no respecto a la ratio decidendi;<sup>90</sup> y en otras, donde separa en capítulo en forma de “apostilla”<sup>91</sup> – sin separar la ratio – (más esta no es la solución plausible).

Por último, disciplinar cada vez más a los operadores judiciales – de cualquier orden – a ser más precisos y concisos, menos novelescos; exigiéndose en sus respectivas reformas legales; que los contenidos de las sentencias sean lo más cortas – y no por ello incompletas –. Desde nuestra estancia académica española, aprendimos que las formas de redactar de su Tribunal Constitucional, son verdaderas piezas jurídicas, ricas en citas y en erudición, sí, todo eso es cierto, pero también lo es, que en su mayoría terminan siendo complicadas construcciones gramaticales que se citan y recitan unos y otros fundamentos jurídicos de otros casos. Justamente, se quiere evitar así, eso que Albaladejo criticaba sobre la jurisprudencia de su país, refiriéndose a esos largos fundamentos como “exceso verbal”.<sup>92</sup>

Apelamos a la sencillez y precisión del lenguaje. De allí que autores como Villamil Portilla, aleguen que “la presencia abundante de muchos obiter dicta, expresa cierta exuberancia argumentativa innecesaria que puede derivar en confusiones”.<sup>93</sup> Una cosa es la utilización de los argumentos subsidiarios para que el juez prepare el argumento final o nuclear; y otra que se confundan unos y otros.

En consecuencia, apreciamos que ha de tenerse en cuenta los problemas en la redacción de sentencias de los obiter dicta y la ratio decidendi; para que en un eventual Código de Procesos Constitucionales Modelo se incorpore una fórmula de sentencias

90 En varios fallos, la Sala Constitucional ha discriminado y separado “expresamente” lo que era obiter de la decisión; e incluso, llamando al primero el título aparte. Sin embargo, dos observaciones. Primero, que lo ha hecho en casos que, por razón de su inadmisibilidad; se requería de poca argumentación; segundo, que sólo distingue el obiter pero no la ratio decidendi. Véase, por ejemplo, las sentencias Nros: 2817/2002 (Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/noviembre/2817-181102-02-2736%20.htm>; y 955/2010; disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/septiembre/955-23910-2010-10-0612.html>).

91 Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/octubre/2411-091002-01-2172.htm>.

92 Albaladejo, Manuel (2002). Derecho civil, vol. I, §17, 6, 15ª ed., Barcelona, Bosch, pp. 135-137.

93 Vid. Villamil Portilla, Eduardo (2004). Estructura y redacción de la sentencia judicial, Escuela Nacional de la Judicatura, p. 192. Disponible en:

[http://enj.org/porta/biblioteca/funcional\\_y\\_apoyo/redaccion\\_sentencias/1.pdf](http://enj.org/porta/biblioteca/funcional_y_apoyo/redaccion_sentencias/1.pdf).

más sencilla y menos complicada – que evite las divagaciones y cuentos de nunca acabar – mediante la precisión de sus elementos preestablecidos.

Creemos que en la medida que los órganos jurisdiccionales en materia constitucional sepan distinguir sus argumentos – evitando las suspicacias de algunos malabarismos lingüísticos –; destacando solo la parte de los mismos que son vinculantes, se evitaría una indebida confusión de sus lecturas y menos críticas a su legitimación.

# DEBIDO PROCESO Y DEMOCRACIA. AJUSTES DE CONVENCIONALIDAD

Pablo Darío Villalba Bernié<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Abogado, Prof. de Derecho Procesal Civil y Vice decano de la Universidad Católica “Ntra. Sra. de la Asunción”, Sede Regional Itapúa, Encarnación, Paraguay; Prof. de la Escuela Judicial del Paraguay; Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Instituto Paraguayo de Derecho Procesal y del Instituto Itapuense de Derecho Procesal. Presidente de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Secretario General del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Conferencista internacional, autor de libros y artículos especializados.

## Preliminares

Asoma indudable un vínculo de unión entre el orden internacional y el orden interno que no puede ser soslayado, al punto que las normativas supranacionales son parte del derecho vigente de la mayoría de los países Latinoamericanos desde el momento de la aceptación de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En consonancia con esta entrada en vigencia de la protección de las garantías fundamentales de derechos humanos, los Estados se comprometieron a acatar las decisiones del sistema interamericano y, por el otro, de cumplimentar las políticas que tiendan al desarrollo del marco de protección.

De hecho el sistema democrático y republicano de gobierno existente en la mayoría de los países latinoamericanos, presupone la existencia de un contorno normativo que englobe al control de legalidad de las actuaciones de los gobernantes con el fin de que estas actuaciones no vulneren derechos de las personas.

Con todo, sabemos que se trata de un camino difícil, máxime cuando comprenda la aceptación cultural por parte de la sociedad, proceso de largo aliento y que involucra a varias generaciones, pero que debe tener un punto de partida. Que estemos en deuda, no es ninguna novedad, no obstante el camino se ha iniciado, eso sí, quizás deberían acelerarse los mecanismos de asimilación para que los resultados sean más ágiles.

En el derrotero de asimilar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como parte del orden interno se nuclea los países latinoamericanos, no sin inconvenientes por cierto, a raíz de un radicalizado territorialismo, de una visión predominante ius positivista que impide salirse de la legalidad interna, pero especialmente por la incomprensión de los gestores sobre la existencia de un orden superior marcando pautas de acción en la búsqueda de una adecuada defensa de la dignidad de las personas y de la consolidación democrática.

A partir de la aceptación de los derechos humanos a nivel constitucional y la perspectivación de lo supranacional hacia el

orden interno, motivan un análisis de la incidencia de estos en la coyuntura del derecho procesal, en pos de la asimilación de las coordenadas básicas que lo rigen. Las normas del marco procesal precisan ajustarse tanto normativa como doctrinariamente, a las tendencias pregonadas por la óptica transnacional, teniendo el Estado la obligación de adecuar su legislación a los Tratados Internacionales del cual son signatarios.

Lo procesal desde la visión internacional, no es más que la operatividad de modelos judiciales que insten por una justicia para todos y en forma igualitaria, pero no solo en el contexto interno de cada país, sino en el globalizado a nivel mundial. Los derechos humanos han comenzado a trasponer las barreras impuestas por cada legislación interna, insertándose desde lo transnacional hacia lo nacional, generando una mutación cultural en los diversos países,<sup>2</sup> al divisar como parte de lo suyo aquello que era pregonado desde fuera de sus fronteras, al fin de cuentas los derechos humanos pasaron a ser parte de su derecho positivo.

Esa internacionalización de los derechos procesales, tiene la virtualidad de influir en forma directa en el ámbito procesal, obligando a las legislaciones la adaptación de su normativa, asimilando las instituciones pregonadas desde lo supranacional.<sup>3</sup>

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 a la persona humana, así 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 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).

2 Cançado Trindade, A. (1993). "La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos". En: El juez y la defensa de la democracia: un enfoque a partir de los derechos humanos, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica.

3 Villalba Bernié, P. (2008). Proceso Civil, actualidad y futuro, Edit. Bijupa, Asunción, p. 129 y 499.

Ante estas circunstancias, el orden legal tambalea, sin resistir los embates de las necesidades políticas, que son otras de las jurídicas, sin que con asumir consignas claras y referenciales se evitaría la judicialización de la política o, lo que es aún peor, politizar la justicia.

Cuando estas circunstancias azotan a una sociedad, emerge como un bastión de la democracia el Debido Proceso Legal, orientando la forma en que deben ser sustanciadas los procesos, evadiendo que la ilegalidad reine, otorgando garantías mínimas a los involucrados.

Debido Proceso que ha mudado de fronteras al amparo del Sistema Interamericano de DH y a la luz de los orientadores fallos de la Corte IDH, guiando hacia un sendero a seguir a modo de camino inexcusable para los Estados en las distintas casuísticas que se presenten en el orden interno.

Así, cuando se referencia al Debido Proceso, resulta insuficiente limitarse a lo reglado en los contornos territoriales de cada Estado, debiendo mirarse al orden transnacional para acomodarse a los nuevos cánones dictados por la Corte IDH. Tienen incidencia en el instituto analizado, los ajustes de convencionalidad que deberán formularse, de no hacerlo se violarían garantías mínimas, como también los derechos humanos.

La comprensión del Debido Proceso es una tarea capital, por la incidencia que tiene en el orden jurídico, con trascendencia tanto normativa como histórica, pues en definitiva la evolución del debido proceso es la narrativa de la constante búsqueda por el ser humano del proceso justo y eficaz.

La propuesta, consiste en reseñar las obligaciones puntuales que los Estados asumen al ser parte del sistema y, derivado de ello, centrar los distintos sesgos y matices de las obligaciones estatales en torno al Debido Proceso.

## La idea del debido proceso

La idea del "Debido Proceso", tuvo su origen en el constitucionalismo americano, puntualmente con la 5ª Enmienda de

la Constitución de los Estados Unidos de América (introducida en 1.789), al establecer los derechos de todo ciudadano a tener un proceso judicial; como también aflora de la 14ª Enmienda (de 1.869), donde figura como una restricción de parte del Estado de resolver sobre el destino de los hombres sin un debido proceso. Desde aquel entonces la terminología se fue conociendo como el *due process of law*, que traducido al castellano significa el "debido proceso legal".

Versa sobre una institución anglosajona recepcionada en la Constitución Americana como variación de la contenida en la Carta Magna Inglesa de 1.215, que había nacido como una cuestión netamente procesal y de libertad del individuo. Con el correr del tiempo, el debido proceso se fue flexibilizando con gran dinamicidad, para convertirse en una polifacética institución, mezcla entre lo jurídico, lo procesal, como de contenido constitucional, político y sociológico, concebida alrededor de una idea central de amplia e indefinida protección.<sup>4</sup>

La terminología fue muy poco conocida en las legislaciones latinoamericanas, a punto de ser incorporada recién en la segunda mitad del siglo XX al comenzar a tener repercusión el constitucionalismo americano, al constituirse en base para estructurar las nóveles Constituciones del continente.

La idea del Debido Proceso, nos introduce al intrincado mundo procesal, que desde el origen del instituto ha intentado darle una consolidación, cada vez con mayor auge. Así el debido proceso en su largo camino evolutivo se fue acomodando a las necesidades sociales de los distintos tiempos. En un primer momento al orden nacional y, en los albores del siglo XXI, en el orden internacional, para desde allí irradiar efectos hacia la legislación y jurisprudencia de los Estados signatarios.

El sentido de este "buen proceder en juicio", "juzgamiento razonable", "juzgamiento legítimo", "garantía de defensa en juicio" o "proceso justo", se ha extendido considerablemente, en especial por el accionar del orden supranacional que ha impuesto una superación del marco procesal, pasando a ser el fundamento

4 Quiroga Leon, Aníbal, El debido proceso legal en el Perú y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, p. 51, Editorial Idemsa, 2ª Edición, Lima, Perú, Año 2014.

del aparato estatal puesto al servicio jurisdiccional. Constituye un concepto moderno íntimamente referido a la validez y legitimidad de un proceso judicial, concepto extendido al funcionamiento de todo el aparato estatal, no limitado a una materia específica, teniendo su raíz y fundamento en el proceso judicial jurisdiccional.<sup>5</sup>

Se entiende como debido proceso, a aquel derecho que tiene la persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acción civil, penal, laboral o cualquier otra, conceptualización acorde con lo preceptuado por el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Conlleva la observancia de los derechos fundamentales básicos para el procesado, abarcando principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de las garantías fundamentales.<sup>6</sup> Comprende una serie de garantías formales y materiales de muy diversa naturaleza que apuntalan un proceso o procedimiento correcto, en donde se proteja, por un lado, y se garantice derechos mínimos por el otro, a la persona involucrada.

Involucra el cumplimiento de garantías, requisitos y normas de orden público, que deben ser observadas en las distintas instancias procesales trasladadas a todo tipo de vía procedimental (comprende todos los fueros y procedimientos ante el Estado), con el objeto de reguardar el derecho de defensa, ergo alcanza a cualquier acto u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, ya sea administrativo o jurisdiccional. Sin la presencia de un debido proceso con las garantías mínimas, la idea de una correcta aplicación de justicia sucumbiría, por lo que resulta vital para asegurar su concreción.

Las garantías mínimas permiten el cumplimiento del procedimiento reglado en el ámbito internacional por la Convención, tanto en la determinación de los derechos como de las obligaciones, del orden civil, penal, laboral, fiscal o de cualquier otro

<sup>5</sup> Ídem anterior, p. 76.

<sup>6</sup> Eto Cruz, G. y Melgarejo Allegretto, J. (2014). El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano, Dir. Miguel Bajac Albertini, Editorial Marben, Asunción, Paraguay, p. 213.

carácter, imponiendo el aseguramiento estricto del debido proceso.<sup>7</sup> Refiere al conjunto de requisitos a exteriorizarse en las instancias judiciales, a efectos que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus intereses.

Un proceso correcto y justo, constituye un puntal que el sistema debe garantizar, de no hacerlo se estaría birlando un condicionamiento necesario para la validez del método de juzgamiento, de allí que se afirme que no solo es preciso la garantía de una decisoria justa y motivada sino que también debe apuntalar un diseño de litigación justo, equilibrado y equitativo.<sup>8</sup>

Comprende el derecho a la justicia, navegando más allá de la simple perspectiva de habilitar la posibilidad de otorgar al requirente un procedimiento para el trámite de su causa, sino garantizando el cumplimiento de lo resuelto, donde la repercusión de la reparación es más importante que el formalismo.

Un método procesal de contenido modernista, con una proyección futurista, no debería dejar de lado al debido proceso, que con la aparición de los derechos humanos fomentó una notable evolución conceptual ampliando sus límites.

## La evolución del debido proceso

Para comprender al Debido Proceso Legal corresponde analizarlo desde una perspectiva de gran amplitud evolutiva, cuya característica fundamental ha sido la dinamicidad con que ha ido navegando el concepto.

Así la noción del Debido Proceso ha surcado varias etapas que permitieron un perfeccionamiento doctrinal del ámbito de protección y consagración de garantías indispensables para una correcta asimilación. La secuencia fue pasando por el debido proceso legal o tradicional que se encontraba arraigado en el cumplimiento estricto de la ley, basado en el principio de legalidad; para luego pasar, por una entronización expresa del derecho

<sup>7</sup> Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Sentencia 06/02/2006, párr. 108.

<sup>8</sup> Villalba Bernié, Pablo D., Nuevas fronteras del Proceso Civil: la necesidad de una evolución, Editorial Hesaká SRL, Encarnación, Paraguay, Año 2014, p. 150.

de defensa; así continuar con una secuencia más avanzada que proyecta la idea de un debido proceso constitucional, con bemoles en los derechos fundamentales; para finalmente apuntar, a la consolidación de un debido proceso transnacional sustentando en los derechos humanos, última etapa que agrega a la consagración nacional la supranacional, para proyectar un consenso de respeto a las garantías mínimas bajo el manto protector de los derechos humanos, aun sin consolidación efectiva.

Cuadra identificar la evolución que ha tenido la idea del Debido Proceso, describiendo su secuencia evolutiva y en especial perspectivar en donde nos encontramos actualmente. En tal sentido corresponde explicitar, que se entiende como debido proceso tradicional, debido proceso constitucional y debido proceso transnacional.

### Debido Proceso Legal o Tradicional

En cuanto al debido proceso legal o tradicional, enlaza una descripción básica de las reglas a que debe someterse el derecho de defensa, respondiendo al concepto formal de como tramitar un procedimiento, aún cuando, al mismo tiempo, reconozca un aspecto sustancial declarado como principio de razonabilidad.<sup>9</sup>

Supone progresar en la praxis de todos los derechos que se aplican en el proceso, para que estos sean satisfechos de la manera más conveniente, regulando los medios para hacer efectiva su consolidación. Radica orientado hacia un juicio justo y honesto, mediante la preservación de las garantías mínimas otorgadas al individuo común.

Certifica a la noción, que ninguna persona pueda ser privada de sus derechos sin un debido proceso legal.

Revela al proceso acuñado en los primeros tiempos del Estado Liberal, respondiendo a un sistema del Siglo XVIII, cuando la Ley era igual a certeza, donde el juez que aplicaba la Ley hacia lo justo, conllevando la imagen que con la sola aplicación de la Ley se hacía justicia. La mayoría de los Códigos Procesales fueron

<sup>9</sup> Gozaíni, O., El Debido..., ob. cit., p. 18; también en "Amparo", p.137 y sgtes., Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.

tributarios de estas raíces, surgiendo un Debido Proceso orientado en reglas básicas a las que se sometía el derecho de defensa.

Respondía a una traducción literal del "due process of law" proveniente de la V y XIV Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, como de la versión francesa "droit de la defense", que asumió una gran repercusión en los ordenamientos procesales de Latinoamérica, no con esa voz sino como sinónimo de derecho de defensa, tal cual fue asimilado por España como "proceso legal" o "derecho de audiencia".

Basado en una concepción formalista del proceso, dominado por el principio de legalidad, encasillado en una perspectiva positivista, dualista y liberal del proceso tradicional.

El debido proceso se acuña en el respeto a las reglas en las que se desarrolla el litigio, no es otra cosa que un sistema custodio de sus propios principios, ajustado más bien a un reconocimiento implícito, pero no literal, del orden jurídico.

Radicaba en la concepción del derecho de todo ciudadano de tener un proceso judicial, como también a una restricción al Poder Público (poder del Estado) para resolver el destino de los hombres sin el debido proceso. Aquí adquiriría relevancia el Poder Judicial que debía poner las garantías para preservar un correcto proceso jurisdiccional, con más el principio de razonabilidad en cada una de sus decisiones.

### Debido Proceso Constitucional

Una segunda fase supuso el "Debido Proceso Constitucional", dejando de lado las equívocas enseñanzas del "debido proceso tradicional" que en su origen nació sobre el pilar de limitación al poder, basado en el mentado principio de legalidad que rigió en los Siglos XVIII y XIX, consintiendo un sistema basado en la sociedad liberal de aquella época, que incorporaba las reglas de su propio orden, un esquema que debía ser superado. En este entorno el modelo antiguo fue dejado de lado por la doctrina moderna, emergiendo el denominado "Debido Proceso Constitucional" y que tuvo su aparición con los derechos humanos.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Gozaíni, O., El Debido..., ob. cit., p. 25.

La constitucionalización del proceso viene a suponer condiciones de razonabilidad que avalan comprender lo que es debido más allá de los formalismos y del procesalismo formal, porque en definitiva es más importante la reparación de la necesidad que el cumplimiento de los formalismos.

Es humanizar el derecho procesal, bregando por un proceso sin resignaciones, ni egoísmos adjetivos, instaurando un sistema proteccionista de la persona humana donde sea viable otorgar garantías de acceso a la justicia a todos los justiciables. Lo trascendente constituye destacar el rol proteccionista como garantía fundamental para la tutela de los derechos humanos.

Propicia funcionalizar el derecho procesal, tendiendo a que el ser humano sea el eje y centro del derecho, evitando no proteja las abstracciones formalísticas que impidan la tutela jurídica efectiva.

Sobresalen como principios neurálgicos del debido proceso constitucional, los siguientes:

- a) derecho a ser oído;
- b) derecho a jueces naturales;
- c) tutela jurídica efectiva (derecho al proceso);
- d) derecho al plazo razonable;
- e) derecho a la utilidad de la sentencia.<sup>11</sup>

A ello agregar, que el acceso a la justicia es una parte del derecho que tiene toda persona al debido proceso, implica no poner obstáculos (sobre todo formales) a aquellos que solicitan y piden justicia, acceso sin limitaciones.

Al decir de Gozáni:

que no sea un pórtico tan amplio que pueda traspasarse sin necesidad de abrir puertas; éstas son requeridas como presupuestos formales de admisión, pero jamás podrán tener tantos cerrojos que obliguen a superar con esfuerzo aquello que, en realidad, es la bienvenida a los que piden justicia, y aún para aquellos que abusando en el derecho de petición, puedan requerir la intervención de los jueces.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Ídem anterior, ob. cit., p. 39.

<sup>12</sup> Ídem anterior, ob. cit., p. 90.

## Debido Proceso Transnacional

Como una tercera etapa en la evolución del concepto de debido proceso, se tendría que llegar al denominado "Debido Proceso Transnacional" o "Debido Proceso Convencional", importando un avance más hacia la garantía efectiva en la protección de los derechos. Ya no significa que desde las constituciones se inserten las fórmulas, al venir impuestas y con vida propia operando en cualquier tipo de procedimiento, como una suerte de orientación o directamente como un deber.

Estas exigencias, también están consagradas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y son un compromiso de los Estados partes adoptar, subrayando que para hacer efectivos los derechos y libertades se tiene un deber a cargo no solo del órgano legislativo, sino al mismo tiempo de los restantes poderes del Estado.

Las obligaciones le vienen impuestas al Estado, tanto por el art. 2 de la Convención Americana:

Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. (...) los estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención las medidas legislativa o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Como por el art. 27 de la Convención de Viena: "1. Un estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado".

Este "Debido Proceso Transnacional" no concretado aun, pero que comienza a mostrar sus cimientos a tenor del control de convencionalidad, que luego del caso *Gelman vs Uruguay* (2013) se ha vuelto obligatorio para todos los países signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos. En algunos países se focaliza más avanzado que en otros, especialmente en aquellos que han otorgado a la Convención igual o superior jerarquía que la propia Constitución, como es el caso de Colombia, Argentina, Guatemala, México, Bolivia. En estos países se visualiza una

mayor concreción de los nuevos paradigmas del debido proceso, aunque huelga decirlo aun tenuemente.

La concreción del Debido Proceso transnacional o convencional, concreta la idealización que a más de una receptividad literal en el cuerpo normativo de la Convención, irradia la responsabilidad de los Estados de concretarla como garantías mínimas en cualquier tipo de procedimientos, asegurando la debida aplicación de recursos efectivos para amparar a las personas bajo su jurisdicción contra actos violatorios de sus derechos fundamentales.

Se agregan como otras condicionales, que el debido proceso transnacional debe garantizar un claro respeto a la independencia judicial aval inescindible para una correcta administración de justicia. Sin independencia los jueces son dependientes, por tanto no garantizarían el debido proceso.

Otra circunstancia a ser tomada en cuenta es que cuando se infiere al Derecho Procesal Constitucional se apuntala a la obligatoriedad de la fundamentación del fallo, no una simple exposición de motivos, sino una exteriorización razonada y argumentada sobre principios. Trasmite idea que la construcción del derecho se concreta de manera argumentativa. No es otra cosa que el respaldo de una justicia sobre principios en reemplazo de la justicia sobre reglas de antaño. Argumentación basada en principios, como la exhibición explícita de la justificación razonada de los fallos.

También se aclara que no basta la existencia formal de la posibilidad de sentencia, conllevando también la necesidad de la utilidad de la sentencia, como efecto necesario, de lo contrario primaria de su inutilidad práctica, incurriendo en denegación de justicia.

Finalmente el Debido Proceso Transnacional o Convencional, se consolidará solo si la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades emitan la decisión o sentencia, sino cuando se faciliten los medios para ejecutar las decisiones y no solo ello, también debe considerarse a la ejecución como parte de la sentencia garantizando el cumplimiento efectivo, puesto que de no cumplirse importa la negación misma del derecho.

Se podría sintetizar el Debido Proceso transnacional o convencional, como un instituto en plena consolidación que para cimentar sus bases debe ser construido sobre la argumentación sustentada en principios, o dicho de una forma más puntual, el Debido Proceso basado en principios, que se irá afianzando en la medida que el Control de Convencionalidad evolucione aceptándose irrestrictamente su aplicación en los repertorios jurídicos nacionales, ello permitirá la concreción de un Debido Proceso Convencional como objetivo a ser alcanzado.

## El debido proceso en el sistema interamericano de DH

Corresponde reseñar sobre la implicancia que ha tenido la noción del debido proceso en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con el objetivo de complementar lo expuesto sobre el temario. En tal sentido, se intentará describir cuales son los aspectos relevantes transmitidos por el orden internacional, que como podrá apreciar el lector coincide en líneas generales con el orden interno e incluso lo complementa actuando subsidiariamente orientado al repertorio doméstico.

Para esta labor, con seguridad debemos reiterar conceptos ya vertidos o ideas ya explicitadas, pero lo hacemos con el objetivo concreto de dar ubicuidad sistémica a la temática del debido proceso, que por estos tiempos no debería ser tratado como una cuestión puntual del orden nacional, sino con las influencias recibidas del ámbito supranacional que invita a rediseñar las garantías básicas para el logro de un verdadero debido proceso eficaz. De este modo exteriorizar, que el examen engloba una variabilidad de situaciones oscilando con un grado de alta dinamicidad.

### Influencia genérica

Intentaremos apuntar previamente aquellos aspectos genéricos que tienen vinculación con el debido proceso, influenciando desde un marco genérico, cuales son:

- Ineludible vuelta de página ideológica

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ha mostrado como característica principal la necesidad de rediseñar la posición ideológica de los gestores del nuevo rumbo procesal, so pena que de no hacerlo versaría sobre un proyecto infructuoso que caería nuevamente en las deficiencias de las que se intenta escapar.

Reconocemos simplemente que desde el inicio de esta obra decíamos, que debe partirse de una concepción del Estado Social de Derecho, visión superadora del antiguo Estado de Derecho, que proyecta el reemplazo de la concepción liberal ius positivista por un sistema cargado de valores y principios, aquello que se da en llamar "sistema de justicia sobre principios".

Cuadra notar, que se produce una íntima relación entre el debido proceso y la "justicia basada en principios", pues todo el plexo legal se acondiciona a los principios que actúan como rectores del orden jurídico. Sobresale la idea de un Debido Proceso apuntalado por principios, no ya limitado por las reglas, haciendo que los principios cardinales sirvan de guía para la consolidación del due process of law.

Finalmente el debido proceso mirado desde la óptica de un Estado Social de Derecho en primer lugar; luego que asiente la evolución del sistema legislativo en pos de articular un verdadero sistema constitucional; y planteando dejar atrás la visión de ius positivismo, concretando una idea de ponderación sobre principios, abriendo el horizonte de nuevos criterios de interpretación.

### **Encuadre normativo amplio**

Es necesario para comprender el Derecho Procesal Constitucional se halla constituido por el Derecho Constitucional, por el Derecho Procesal y por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, una fusión de una trilogía normativa, de tal suerte que desde el orden internacional emergen ideas como el control de convencionalidad que obligatoriamente deben ejercer los jueces en ejercicio de un control difuso.

Este encuadre normativo amplio afecta todas las instituciones del orden doméstico como es el caso del debido proceso, que debe ser comprendido desde una función global e integral, que incluya los postulados de derechos humanos.

Pero el encuadre normativo amplio no solo abarca la fusión de la trilogía descrita, sino que en el propio contorno del sistema interamericano se visualiza una asimilación de ideas.

El escenario dinámico que se presenta en Latinoamérica respecto al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, obliga a que tanto el orden internacional como el orden nacional se visualicen fusionados e integrados,<sup>13</sup> como variados aspectos del ius Constitutionale Commune Americanum, convergiendo en una ampliación de fronteras no ya limitado por la territorialidad jurídica de los Estados, sino integrado como un todo, donde lo primordial es el respeto a los derechos humanos y a la dignidad de la persona.

### **Obligación estatal**

No puede soslayarse como un aspecto genérico que incide sobre el debido proceso, la obligación que tienen los Estados de adecuarse al Sistema Interamericano de DH, que abarca la obligación de respetar derechos, de organizar las estructuras del Poder Público.

Se colige que el Estado pasa a constituir el primer garante de los derechos de las personas, por ende del debido proceso, estando comprometido a instrumentar los medios para que los derechos sean no solo reconocidos, sino también respetados,<sup>14</sup> de nada vale tener un derecho reconocido si al fin de cuentas no se permite su concreción efectiva.

### **Aspectos específicos**

#### **Garantías mínimas**

El debido proceso obliga al Estado a que las garantías mínimas sean aplicables a todo tipo de proceso que permitan arribar a decisiones justas.<sup>15</sup>

Concreta que el Estado debe introducir las modificaciones necesarias para asegurar un conveniente apuntalamiento del de-

13 Corte IDH, Supervisión de Sentencia en el Caso Gelman vs Uruguay, Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 99 y 100.

14 Corte IDH, caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, Sentencia 24/11/06, párr. 66.

15 Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrs. 125 a 127 y 129.

bido proceso, en cumplimiento de las obligaciones asumidas. Solo podrá evitar cumplir con el control de convencionalidad, cuando se aplique una mejor protección que la consagrada en el ámbito interamericano.

El estándar mínimo del debido proceso del diseño transnacional solo podrá ser dejado de lado, si ese mínimo es superado por un mejor debido proceso, aplicado en el orden interno, con ello se cumple con la idealización de suma protección en favor de la persona humana.

### **Juez natural**

Resulta consabido aquella descripción constitucional que advierte que nadie puede ser juzgado por jueces o tribunales especiales (art. 17, inc. 3), en consonancia con el art. 16 de la CN, que reza: "Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales". Es decir jueces naturales con plenitud para el ejercicio de la función jurisdiccional.

Se hace eco de ello la Convención Americana que en el art. 8.1. regula la necesidad de un juzgamiento por jueces competentes establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acción de toda índole.

La intervención de un juez competente, independiente e imparcial constituye un presupuesto del debido proceso, y en ausencia de aquel, no existe verdadero proceso, sino apariencia de tal. En el voto razonado en el caso *Uson Ramírez vs Venezuela* (2011), el con juez Sergio García Ramírez, señalaba<sup>16</sup> que la intervención de un juez competente, independiente e imparcial constituye un presupuesto del debido proceso, ya que en ausencia de aquel, no existe verdadero proceso, sino apariencia de tal. Si una persona es juzgada por cualquier individuo que carezca de los atributos jurisdiccionales, el proceso que se sigue no merece la calificación de proceso y la resolución en la que culmina no constituye una auténtica sentencia.

Desde la corte IDH, se ha dejado en claro que el concepto de juez natural relacionado a tribunales legalmente estableci-

16 Corte IDH, caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, Sentencia 20 noviembre 2009, Voto Razonado de Sergio García Ramírez, párr. 6.

dos de manera previa a los hechos, es decir que deriva de la ley, la cual solo puede devenir del poder legislativo y en forma de promulgación de las leyes, de allí deriva la competencia de los juzgadores.<sup>17</sup>

Constituye un principio básico del Debido Proceso, que cualquier persona sea juzgada por jueces naturales y no especiales, declarándose la responsabilidad internacional del Estado cuando así se proceda.

Así la Corte IDH declaró la responsabilidad estatal cuando la jurisdicción militar permitió el procesamiento de civiles, en el caso "*Castillo Petruzzi y otros vs Perú*"<sup>18</sup> (1999). Criterio que fuera ratificado en varios casos, entre los que resalta "*Masacre de Santo Domingo vs Colombia*", año 2012.<sup>19</sup>

También se ha manifestado la Corte, que el Estado incurre en responsabilidad estatal internacional, cuando se hayan creado salas y juzgados ad hoc,<sup>20</sup> designando jueces que integrarán las mismas, en el momento en que ocurrían los hechos del caso.

Finalmente en el reciente caso "*J. vs Perú*"<sup>21</sup> del año 2013, ratificar lo que había sostenido desde 97, en el caso "*Loayza Tamayo vs Perú*" en el sentido de condenar al Estado cuando el juzgamiento fuera realizado por "jueces sin rostro" o de identidad reservada, porque impide al procesado valorar su idoneidad y competencia.

### **Derecho a ser oído**

El derecho a ser oído conlleva la obligatoriedad por parte del Estado, de establecer las condiciones mínimas para que una persona pueda tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos obligaciones. La Corte equipara el derecho a ser oído a un derecho al juicio o procesamiento judicial justo, valga la redundancia, realizando un examen apropiado de las obligaciones, argumentos y pruebas, sin perjuicios de sus

17 Corte IDH, caso *Barreto Leiva vs Venezuela*, Sentencia 17 de noviembre 2009, párr. 76

18 Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Sentencia 30 de mayo de 1999, párr. 129, 131 y 132.

19 Corte IDH, caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Sentencia del 30 de Noviembre de 2012, párr. 158.

20 Corte IDH, caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, Sentencia del 06 de febrero de 2001, párr. 114.

21 Corte IDH, caso *J. vs Perú*, sentencia 27 de Noviembre de 2013, párrs. 183, 184 y 186.

valoraciones acerca de si son relevantes para su decisión.<sup>22</sup> Se busca garantizar un proceso justo, que es aquel en que una persona haya sido oída con un estándar mínimo de garantías.

Este derecho a ser oído se extiende a la variada pluralidad de procesos, sean del fuero que sean, puesto que se trata de tutelar todo tipo de decisiones y no solo algunas de ellas, fundamentadas en el caso *Barbiani Duarte vs Uruguay* (2011).<sup>23</sup> Donde también se realizaba una interesante disquisición sobre el derecho a ser oído, manifestando que comprende a dos ámbitos, el formal o procesal del derecho y el material del derecho.

### **Presunción de inocencia**

El criterio de presunción de inocencia, constituye una garantía fundamental del debido proceso, concibiendo que una persona sea inocente hasta que se demuestre su culpabilidad, elemento indispensable para el correcto ejercicio del derecho de defensa.

Así las cosas, lleva consigo el rigor que aquella persona que fue acusada no tiene que demostrar que es inocente puesto que la propia Constitución así lo considera, hasta tanto sea probada su culpabilidad.

Es una garantía formulada en el art. 8.2 b) de la Convención, al decir “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca su culpabilidad”.

El inculcado no precisa demostrar que no ha cometido el delito que se le imputa, ya que el onus probandi no recae en su espalda, sino en la parte acusadora, por ello cuando no se tiene plena prueba no puede condenarse, sino que corresponde absorberla.

El derecho de presunción de inocencia acompaña al acusado durante toda la sustanciación de la investigación, y en el proceso penal, hasta que una sentencia condenatoria resuelva sobre su culpabilidad y quede firme.

En el fallo *López Mendoza vs Venezuela* (2011), reafirma que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el

acusado;<sup>24</sup> como también en *Lori Berenson Mejía vs Perú*, prescribía respecto a que la presunción de inocencia debe ser respetada por todas las autoridades públicas y no solo por el Poder Judicial, puesto que las reparticiones públicas deben abstenerse de emitir juicios de valor evitando formar opinión pública sobre una persona mientras no se acredite la responsabilidad penal de esta.

### **Independencia judicial**

Una función esencial que debe garantizarse a los jueces es su necesaria independencia, extensiva a todo el Poder Judicial, característica concreta para cumplir correctamente con su obligación. En tal sentido la Corte IDH, ha afirmado que tanto la independencia como la imparcialidad juegan relacionadas, pero no son la misma cosa, en este tópico nos limitaremos a la independencia, para en el siguiente analizar la imparcialidad, al contener ambos conceptos realidades jurídicas propias.

El Poder Público debe garantizar la independencia de los jueces, transigiendo el libre ejercicio integral del derecho de defensa, de esta forma de justificar un trámite regular y confiable al proceso que solidifique al Estado Social de Derecho.

Desde esta óptica, la independencia judicial tiene dos facetas en concreto, la primera una institucional con relación al Poder Judicial in totum y la otra en su fase individual con relación al juez en específico, libre de restricciones a presiones indebidas.<sup>25</sup>

Se traduce en la idealización que los jueces deben estar libres de presiones externas para juzgar los casos; solo así se garantizará la debida independencia.<sup>26</sup>

### **Imparcialidad**

Supone que el juez en un debido proceso, tenga la posibilidad como presupuesto fundamental de aproximarse a los hechos de modo imparcial, esto es con la mayor objetividad posible inspirando la confianza necesaria en los litigantes y en la sociedad democrática en general.

Por un lado imparcialidad subjetiva, que impone al juez que intervenga en una disputa, que la aproximación a los hechos sea

<sup>22</sup> Corte IDH, caso *Barbiani Duarte vs. Uruguay*, Sentencia 31 de octubre 2011, párr. 121.

<sup>23</sup> Corte IDH, caso *Barbiani Duarte vs. Uruguay*, supra, párr. 117.

<sup>24</sup> Corte IDH, caso *López Mendoza vs. Venezuela*, Sentencia 11 de septiembre de 2011, parr. 128.

<sup>25</sup> Corte IDH, caso *Aptiz Barbera y otros vs. Venezuela*, supra, párr. 55.

<sup>26</sup> Corte IDH, caso *Atala Rifo vs. Chile*, Sentencia 24 de febrero 2012, párr. 186.

libre de todo perjuicio personal, evitando que fluyan las parcialidades o perjuicios en contra de uno de los litigantes.

En otro ángulo, se asegure también una imparcialidad objetiva, que permita desterrar las dudas que el justiciable o la comunidad albergan respecto de la ausencia de imparcialidad.

De allí que el actuar y el accionar del juez no tiene que ser puesto en dudas respecto a su imparcialidad, en tal sentido hasta las apariencias guardan significado, se trasluce que toda la conducta del juez juega al momento de considerar su deber de objetividad.<sup>27</sup>

### **Igualdad procesal**

Cuando se alude al principio de igualdad ante la ley, ella dimana consagrada en el art. 24 de la Convención Americana, que entraña la obligación de los Estados de situar en un mismo plano de equilibrio a todas las personas. Reza el articulado: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derechos, sin discriminación, a igual protección de la ley".

Exaltan de la norma, determinadas connotaciones que reivindican la contingencia de un análisis profundo que inciden en lo más recóndito del debido proceso, subrayando las siguientes apreciaciones:

a) Ninguna duda cabe, que dicho texto legal establece con meridiana claridad que todas las personas humanas convergen en un pie de igualdad ante la ley, no existe diferenciación por raza, sexo, edad, situación económica o cualquier otra distinción que permita conjeturar supuestos de diferenciación entre los individuos.

b) Todas las personas gozan de derechos, la ley amparando a todos los individuos, por igual.

c) No se afina ninguna discriminación al respecto, obligando al Estado a respetar el principio de igualdad y de no discriminación de los derechos reconocidos.

d) Los Estados tropiezan compelidos a obedecer este principio de carácter fundamental, evitando introducir en sus ordenamientos jurídicos regulaciones que atenten contra la

igualdad, o sean discriminatorias, incluso más, están obligados a eliminar las regulaciones de carácter segregacionista.<sup>28</sup>

El principio de igualdad es del dominio del *ius cogens*, como una regla imperativa que debe ser asentada en el derecho internacional no pudiendo ser dejadas de lado.<sup>29</sup>

### **Derecho de defensa**

Los trámites de las distintas tipologías de litigación, tendrán que respetar naturalmente la forma contradictoria que conlleva la imperatividad de asegurar el debido proceso y el derecho de defensa. Así, cuando una persona resulte acusada de la comisión de alguna irregularidad o ilicitud, que conlleve una posterior sanción, tiene que acordarse un adecuado derecho a contradecir lo manifestado por la parte acusadora permitiendo un racional derecho a ejercer su defensa.

El ejercicio de la defensa constituye un derecho y una garantía para impedir la arbitrariedad de los órganos del poder público, comprendiendo aspectos sustantivos y adjetivos, tales como ser oído ante de la decisión, participar en forma efectiva en todo el proceso, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas y notificaciones oportunas, acceso a las informaciones contenidas en el expediente, posibilidad de controvertir los elementos probatorios, obtener asesoría legal y disponer de la posibilidad de impugnar la resolución.

Todo juicio, debe tener en cuenta dichas orientaciones respecto al derecho al contradictorio, no pudiendo soslayar su cumplimiento bajo ningún punto de vista. Tiene que avalar el cumplimiento de la forma contradictoria con su derivado el derecho de defensa, que siempre debe cumplirse inexorablemente en cada casuística, no es más que ratificar el derecho a ser oído.

### **Deber de argumentación**

Obra una obligación del Estado brindar las herramientas indispensables con el fin de llegar a la argumentación jurídica de la sentencia judicial, pues en estos días la construcción del dere-

<sup>27</sup> Corte IDH, caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, Sentencia 2/julio/2004, párr. 170.

<sup>28</sup> Corte IDH, caso Yatama vs. Nicaragua, Sentencia 23/06/05, párr. 185

<sup>29</sup> Corte IDH, caso Xakmok Kasek vs. Paraguay, Sentencia 24/08/10, párr. 269; caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia de 23/06/05, párr. 184.

cho se concreta de manera argumentativa. Tanto el poder público como el de los particulares, deben bregar por la aplicación, interpretación, motivación y argumentación del texto legal que no solamente se concentra en la Constitución y sus leyes inferiores, sino se traslada a la Convención, como norma internacional, objeto de aplicación en el derecho positivo.

La necesidad de lograr una “justicia sobre principios”, que conduce a obligar al operador de justicia y a todos los que integran los distintos procesos, la aplicabilidad y argumentación racional de los principios consagrados en la Convención, en una expresión de diferencia sustancial entre los basamentos del Estado Liberal y los lineamientos del Estado Social y Democrático de Derechos (Estado constitucional).

Recordemos, que en el Estado Liberal los principios podían encontrarse en la ley, en cambio, en el Estado Constitucional y Social los principios devienen del texto Constitucional y de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Indica la idea, que tanto los principios de la Convención como de la Constitución podrían operar como fuentes de interpretación y en su caso de argumentación específica. Lo cual lleva a afirmar, que superando al positivismo jurídico se impone el respeto a los valores, haciendo obligatorio que el juzgador construya el derecho sobre la base de una necesaria argumentación de la norma jurídica.

Cuando vislumbra cumplir con la función propia del órgano jurisdiccional, ya no es suficiente seguir dictando sentencias en función de obedecer el silogismo lógico formal de aplicabilidad del derecho al caso concreto, requiere un paso más avanzando en una concepción ideológica de mayor connotación y envergadura que engarza un cambio de la cultura jurídica, trasmutando desde una “Justicia de Reglas” hacia la “Justicia de Principios” al amparo de la argumentación jurídica.

No debemos obviar, que la protección de los derechos humanos, ha traspasado las barreras del mero control de partes, manifestado como una función comunitaria que excede a estas, inexcusable en una sociedad democrática para cumplir la función

de pacificación social, por lo que envuelve un sentido político, sociológico y hasta de axiología moral.

El deber de motivar los fallos es una garantía vinculada a la correcta administración de justicia, protegiendo así a los ciudadanos que son juzgados, otorgando suficiente credibilidad a las decisiones en el marco de una sociedad democrática. La motivación se muestra como una garantía del debido proceso<sup>30</sup> esbozada en el art. 8.1 de la Convención, siendo obligatorio tomar en cuenta lo sucedido en el proceso para emitir un juicio de valor motivado y razonado.

### **Doble instancia**

La imperatividad de brindar protección judicial por parte del Estado, plantea un riguroso análisis del art. 25 de la Convención, que establece expresamente la garantía de protección judicial como sustento para un debido proceso.

La vía recursiva, prevista en la mayoría de los órdenes procesales, tiene como fin proteger a los litigantes y partes de la falibilidad humana a la que están expuestos los jueces al emitir sus pareceres en cada casuística.

Los recursos transmiten la noción que el sistema no tiene flancos débiles, asintiendo que dentro de su misma funcionalidad y estructuración puedan ser revisados los fallos de los magistrados de rango inferior. Se refuerza de esta manera el grado de certeza de las decisiones judiciales, brindando una mayor seguridad jurídica.

El proceso pasa a concebirse como un conjunto ordenado de actos que se desenvuelve en instancias o grados. De suerte que una instancia sucede o precede a la otra, yaciendo inimaginable una segunda instancia si previamente no fue sustanciada la primera y agotada sus formalidades.

El grado de revisión propiciado por la Corte Interamericana, debe ser integral, no excepcional ni limitada, sino amplia y completa incluyendo el fundamento de la decisión, por mandato del art. 25 de la Convención.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Corte IDH, caso *Aptiz Barbera y otros vs. Venezuela*, sentencia 5/08/08, párr. 77 /78

<sup>31</sup> Corte IDH, caso *Aptiz Barbera y otros vs. Venezuela*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de Agosto 2008. Serie C. N° 182. También en el caso *Reverón Trujillo vs.*

El derecho a la doble instancia, evita que la víctima pase a un estado de indefensión,<sup>32</sup> otorgándole la perspectiva de una revisión efectiva<sup>33</sup> en Alzada de lo resuelto en la instancia inferior. Si ello no se garantiza, autoriza a la víctima a solicitar la protección internacional.

### Plazo razonable

La concepción de un proceso culminado dentro de un plazo razonable, surge propuesto desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al proclamar la Convención en el art. 8.1. "Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable".

La noción de plazo razonable, gira en torno a la idea de un proceso rápido, sencillo y eficaz, que debe terminar en un tiempo limitado. Podríamos decir, una de las grandes luchas del procesalismo se centra en lograr un sistema efectivo de solución de conflictos que culmine en el menor tiempo posible, ante ello el plazo razonable adquiere una íntima vinculación con la necesidad de reducir la cantidad de actos procesales que se realizan en cada proceso. Celeridad y concentración se unen, para dar respuesta al plazo razonable.

La conjetura no tiene el sesgo de fijar un tope máximo de tiempo en el cual tenga que resolverse el conflicto, como muchos lo han entendido, sino en la concreción de un juicio justo, simple, imparcial, evasor de las dilaciones indebidas, actuando como una resistencia en contra de las trabas de carácter dilatorio.

El proceso en sí mismo no tiene tiempos, porque no es una carrera contra el tiempo que alcance una línea de meta preestablecida, sino que se vincula con un andar por las diversas etapas hasta el resultado final. Dentro de este contexto corresponde entender al plazo razonable, debiendo evitarse las dilaciones indebidas, las demoras propias de los sistemas procesales, interpretando con flexibilidad los criterios procesales caracterizados por ser rígidos.

Nicaragua. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio 2009. Serie C. N° 197.

32 Corte IDH, Caso Tribunal Constitucional vs. Perú, (...), párr. 89; Caso Comunidad Mayagma (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua, (...), párr. 113.

33 Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Fallo 135, 22/11/2005.

Refiriendo al principio de razonabilidad, la Corte IDH ha expresado: "implica un juicio de valor y una conformidad con los principios del sentido común. Siendo razonable lo justo, lo proporcionado y lo equitativo, por oposición a lo injusto, absurdo y arbitrario".<sup>34</sup> Mediante esta calificación permite vislumbrar la exigencia que los procesos judiciales se definan dentro de un plazo razonable, como una garantía mínima otorgada al individuo que petitiona la custodia jurisdiccional.

El Juez no puede eternizar el proceso, sino debe llevarlo por sus distintas etapas de la manera más eficaz posible, concretizándose la visión en la idea que "la máxima duración del proceso no puede ir en contra del actor que tiene razón". Al fin de cuentas, debemos recordar el aforismo que reza: "justicia retrasada es justicia denegada".<sup>35</sup>

### Publicidad

Sin dudar si quiera, uno de los mandatos más agudos y consistentes de la Convención en pos de un debido proceso, radica en la necesidad de un juicio público, donde las partes tengan posibilidad de ser oídas con las debidas garantías legales (Art. 8 de la Convención). A pesar de la nitidez conceptual de la norma, lo que se discute proviene de la necesidad que este juicio público tenga o no que ser oral, dependiendo de los fueros en que se aplique la exigencia.

Parecería no existir inconveniente cuando referimos al proceso penal, puesto que la mayoría de las legislaciones garantizan la celebración de un juicio oral, con una audiencia central donde recepcionar las pruebas. En contraste, no ocurre lo mismo con los demás procesos, en especial del fuero civil.

Del fallo emitido por la Corte en el caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, fluye una directiva clara considerando proceso público aquel que da perspectivas de una audiencia oral, donde el público pudo acceder al recinto del juicio, e incluso, fueron transmitidas las imágenes a través de los medios de comunicación.<sup>36</sup>

34 Corte IDH, caso Paniagua Morales y otros, Sentencia del 25/01/96, párr. 41.

35 García Ramírez, S. (2006). "Elementos del debido proceso en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos". En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Año IV, N° 9, Buenos Aires, p. 74.

36 Corte IDH, Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, Sentencia 25/11/2004, párr. 200.

El escrituralismo debe superarse,<sup>37</sup> construyendo un esquema de litigación donde pueda sostenerse un diálogo civilizado, a ser logrado eficazmente solo dentro de un proceso oral, que asiente asegurar una justicia transparente, de cara al pueblo, solo así se proyectará un debido proceso legal.

La justicia de rostro humano, tiene cabida sin par dentro de un proceso verbal y público,<sup>38</sup> únicamente dentro de un esquema oralizado se tendrán mayores perspectivas de llegar a la tan ansiada verdad, y especialmente alcanzar la proscripción y destierro del tipo procesal secreto.<sup>39</sup>

Un proceso público solo se garantiza cuando el acusado o procesado pueda tener un acceso adecuado con intermediación con el juez y las pruebas donde se facilite acceso al público.<sup>40</sup> La función de publicidad para amparar un debido proceso se antepone a la justicia secreta, cerrada en cuatro paredes, puesto que no fomenta la confianza en los tribunales de justicia.

### **Derecho a la prueba**

El derecho a la prueba lleva aparejada la posibilidad de postular, diligenciar y practicar los medios probatorios permitidos para justificar los argumentos en parte. Pasa a constituir un derecho básico de los derechos humanos la de producir la prueba necesaria para acreditar la verosimilitud de su derecho o defensa.

En el ámbito netamente del Sistema Interamericano se establecen como hitos resaltantes, que en materia de pruebas tanto la recepción como la valoración de las mismas no están sujetos a las mismas formalidades de las actuaciones judiciales internas, aun cuando sea necesario prestar especial atención a los límites impuestos para la recepción, que impone el respeto a la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes.<sup>41</sup>

37 Lorenzo, H. (2005). "Otras Experiencias de unificación en Iberoamérica: El proceso en Paraguay, logros y dificultades". En: Revista Jurídica "Actio", Año I, N° 1, de la Universidad Católica de Itapúa, Editorial Centro Gráfico S.R.L., Encarnación, Paraguay, Junio 2005, p. 55.

38 Vazquez Sotelo, J. L. (2003). El proceso civil y su futuro. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Año II, N° 3, p. 71.

39 Villalba Bernié, P. (2007). "Proceso civil...", ob. cit. p. 197; también en "La oralidad como eje de la reforma del proceso civil". En: Revista Colombiana de Derecho Procesal, N° 33, p. 27, Año 2.007, Bogotá. Colombia.

40 Corte IDH, caso J. vs Perú, supra, párr. 217.

41 Corte IDH, caso Escue Zapata vs. Colombia, Sentencia 4 de julio de 2007, párr. 26.

La valoración y apreciación de las pruebas se rige por las reglas de la sana crítica, conforme así se ha resuelto en la mayoría de los fallos.

## **La justicia constitucional al servicio de la democracia**

Una aproximación certera del relacionamiento entre Constitución y democracia, muestran un ligamen que se denota en una relación planteando que ambos conceptos buscan los mismos objetos, en especial si la Constitución Política de un Estado opta por un modelo democrático de organización social.

Claro que con estas afirmaciones nos encontramos con un primer problema, entender que implica tanto el concepto de democracia como de Constitución, ambos con bemoles particularizantes de acuerdo a la sociedad donde se realiza la interpretación.

Por un lado, la flexible idea democrática de un gobierno para el pueblo y por el pueblo mediante la elección por voto popular, impone tantas variables que es difícil sostener un concepto unívoco (no es lo mismo la democracia paraguaya, que la de USA), pues admiten organizaciones distintivas. En idéntico sentido, cuando hablamos de Constitución, presenta las mismas características, representando la forma de estructurar una sociedad determinada, claro que no en todos los países igual, sino con matices distintivos unos de otros.

La idea a resaltar básicamente, es que la Constitución es la base de la democracia, y viceversa, la Democracia sustento de la Constitución, en Occidente es la noción que se ha impuesto que ha ganado adhesión, siendo una constante en Latinoamérica.

De ahí, que cuando referimos puntualmente al DPC, una disciplina íntima con el Derecho Constitucional, todas las instituciones, normas y procedimientos tienen una estrecha vinculación con el sistema democrático y con su evolución, por lo que actúa en pos de su consolidación.

La democracia se concibe en un Estado de Derecho, que a su vez plantea la existencia de un marco jurídico de consagración de derechos de índole Constitucional (y de otro orden) las cuales deben ser tuteladas efectivamente por ser propios del hombre.

En esta tutela efectiva, es que surge la necesidad del Derecho Procesal que se encarga de formular la técnica para la protección de estos derechos conculcados, estableciendo los procedimientos necesarios para garantizar el cumplimiento de esos derechos. En específico, cuando referenciamos al DPC, estudia la protección fáctica de los derechos conculcados en el orden constitucional, otorgando la forma de hacerlos efectivos.

De esta secuencia, se concluye con notoriedad que el DPC es una ciencia al servicio de la democracia, y al proteger derechos esenciales de rango constitucional, el compromiso es aún mayor.

Conforme lo justificamos en esta investigación, al entender que el debido proceso juega un rol estelar de garantía de los postulados democráticos y republicanos en especial en cuanto a las tutelas mínimas de deben ampararse en el método de litigación que con seguridad comprenderá la defensa de la propia democracia como cuando se da con el trámite del juicio político tan incorrectamente planteado en Latinoamérica.

La cuestión básica, es que los que participan en las decisiones políticas en cualquier democracia constitucional, tienen que vérselas con los jueces que las más de las veces le ponen límites, pues en definitiva debe asegurarse que la Constitución imponga freno al poder político arbitrario.<sup>42</sup> Tarea por cierto, no tan sencilla, como muestra la realidad política que han vivido los países latinoamericanos mayoritariamente en sus cortas y fragmentadas democracias.

Dichos límites, serán mínimos, pero serán límites al fin, es aquí don del debido proceso adquiere trascendencia, teniendo en cuenta que las barreras al poder político por un lado son necesarias, pero por el otro conllevan a hacer del sistema como menos democrático. En el arte del equilibrio y armonización de estas dos cuestiones, se encuentra el secreto del éxito de la democracia, de

no develar estos niveles de equilibrio, con seguridad conllevará a un debilitamiento de las instituciones democráticas.

La evolución inaudita que ha experimentado el DPC, denota que juega un rol preponderante en la formalización del Estado Constitucional<sup>43</sup> y democrático, por un lado al propiciar la instauración de los instrumentos procesales de tutela de rango constitucional y legal con el objetivo de la defensa de las garantías fundamentales, como también, generando una intensa tarea codificadora,<sup>44</sup> creando un auge de la disciplina aun sin contornos bien definidos, que propicia modelos procesales nuevos, y la incorporación de tribunales constitucionales autónomos o potenciando a las salas constitucionales otorgándoles facultades innovadoras de protección constitucional.

En los últimos tiempos, la democracia ha encontrado sustento en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, como también surge un nuevo soporte desde el ámbito procesal constitucional, como bastión de la defensa de los intereses del sistema democrático, así la nueva disciplina sustentan la ola democratizadora que sopla los aires renovadores que emergen en Latinoamérica, apuntando a la democratización del acceso a la justicia, en definitiva, los derechos no son simples limosnas que el sistema judicial da a los individuos suplicantes,<sup>45</sup> sino que el esfuerzo colectivo debe otorgar un soporte jurídico de sostén a la sociedad civil, para la afirmación de las instituciones democráticas. En este sentido, el Derecho Procesal Constitucional juega un papel preponderante.

## El devenir del debido proceso

Urge comprender las nuevas realidades que se plantean al debido proceso, al resonar campanas que deberían llamar la atención, repicando con temas como un Sistema Interamericano Integrado, control de convencionalidad obligatorio con efecto

42 Epp, Charles R. (2013). La revolución de los derechos, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, p. 293.

43 Amaya, J. A. (2012). Control de Constitucionalidad, Editorial Astrea, Buenos Aires, p. 130.

44 Ferrer Mc Gregor, E., Justicia Constitucional..., ob. cit., Tomo I, p. 57.

45 Epp, C. R., ob. cit., p. 302.

erga omnes, que sin dudarlo marcan nuevas fronteras constriñendo a repensar los paradigmas actuales.

El due process of law, cuestión esencial de todo mecanismo de protección ha dejado de pertenecer a la esfera netamente procesal, teniendo referencias extramuros, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos con las recomendaciones y ajustes de convencionalidad, en indicativos que constituyen garantías mínimas de protección que no deben soslayarse. Por lo que tendrá que ser analizado dentro de una amplitud normativa antaño inexplorada, pero que en este tiempo (especialmente a partir de la Supervisión de la sentencia del caso Gelman vs. Uruguay) se ha transformado.

La graficación anuncia un movimiento de los contornos tradicionales del debido proceso, que debe adecuar su accionar a las pautas actuales que rigen el orden jurídico.

Ello deberá ser pormenorizadamente comprendido por los gestores jurídicos, e incluso por aquellos que tengan en algún momento una cierta potestad jurisdiccional (como ocurre con el Poder Legislativo en los procedimientos del juicio político), procedimientos cuasi jurisdiccionales que a pesar de su matiz político, no puede dejar de considerar el aspecto del due process of law, puesto que de violentarlo con seguridad se terminará con ajustes condenatorios que vendrán de la esfera interamericana.

Pasa a ser tan relevante el tema, que todos los poderes del Estado, cuando se trate de actividades sancionatorias, deberán tener en cuenta las reglas del debido proceso para sustanciar los sumarios o procedimientos, sin poder rehuir de sus efectos. El avance del debido proceso a estas alturas de la modernidad, no solo concentra sus efectos principales en el Poder Judicial, abarcando también a todos los poderes del Estado.

Arduo accionar queda a la doctrina para instalar el debate bregrado por su comprensión, como a los organismos jurisdiccionales internos para viabilizar definitivamente la recepción de los nuevos postulados, ni que de decir de todo el aparato estatal que tendrá que reformular conceptos para ajustarlos a los nuevos tiempos.

Derivada de esta estela cumple un rol formativo esencial el Derecho Procesal Constitucional.

# LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL AGGIORNADA<sup>1</sup> Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL JUDICIAL EN AMÉRICA

Patricio Maraniello<sup>2</sup>

- <sup>1</sup> Aggiornamento es una palabra italiana que significa "poner al día", "actualizarse", "renovarse". Fue uno de los términos clave que fueron utilizados durante el Concilio Vaticano II, tanto por los obispos y sacerdotes que asistían a las sesiones como por los medios de comunicación y vaticanistas que lo cubrían. Fue el nombre dado al programa pontificio de Juan XXIII en el discurso que pronunció el 25 de enero de 1959, y fue utilizado con espíritu de cambio y apertura de mente. Si bien "Aggiornamento" es una denominación que no se encuentra en el diccionario de la Real Academia, la encontramos en el Diccionario de sinónimos y antónimos de Espasa-Calpe (2005), como sinónimo de actualización, renovación, reestructuración, puesta al día. En Argentina es una palabra muy usada y hace referencia a la actualización de una palabra o entidad teniendo en cuenta las situaciones actuales imperantes.
- <sup>2</sup> Presidente de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Vicepresidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Director del Posgrado Intensivo en Derecho Constitucional para la Integración Judicial en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor regular por concurso en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

## Introducción

Mucho se ha hablado y escrito sobre la justicia constitucional y el derecho procesal constitucional; aunque lo cierto es que no existe un criterio uniforme por parte de la doctrina, dado que algunos autores encuentran una clara divergencia entre ambos, y otros académicos lo consideran como institutos similares. Incluso hay algunos autores que enfocan la distinción entre “Justicia Constitucional” y “Jurisdicción Constitucional”.

Lo cierto que el Derecho Procesal Constitucional fue una creación latinoamericana y es allí donde tuvo su mayor desarrollo, mientras que la Justicia Constitucional lo fue en Europa.

Sin embargo, a lo largo del tiempo vemos que el Derecho Procesal Constitucional no es exclusividad de América ni la Justicia constitucional lo es de Europa. En basamento a ello, podemos citar al profesor brasileiro André Ramos Tavares,<sup>3</sup> quien desarrolla una muy interesante teoría sobre la Justicia Constitucional y por su parte en Europa se han publicado varios libros sobre el Derecho Procesal Constitucional, como el del profesor español Jesús González Pérez.<sup>4</sup>

Por lo tanto, la línea divisoria entre ambas no se encuentra tan marcada sino que es más bien difusa. En este nuevo siglo tanto el Derecho Procesal Constitucional como la Justicia Constitucional han sufrido cambios significativos, que nos llevan a repensar los modelos a seguir en América.

Y es justamente un estudio de la Justicia Constitucional más abarcativo el que nos permitirá un desarrollo exhaustivo de la temática, conteniendo no solo los órganos de control de constitucional, sino también las acciones y procesos, como el estudio del rol del juez en sus aspectos funcionales (ética, responsabilidad y error judicial) y estructurales dentro del estado (independencia judicial).

Para lograr una Justicia Constitucional aggiornada y de mayor amplitud, se necesita la inclusión de noveles instrumentos. En

3 Tavares, André R. (2005). Teoría da justiça constitucional, Saravia, São Paulo.

4 Gonzalez Pérez, Jesús (1980). Derecho Procesal Constitucional, Ed. Civitas, Madrid.

este sentido debemos incorporar el modelo multidimensional – de Eduardo Andrés Velandia Canosa–,<sup>5</sup> el nuevo rol de los jueces con el activismo judicial, los nuevos conflictos constitucionales a través de la lid constitucional y finalmente la acción por parte de los ciudadanos en resguardo de la norma jurídica en el “habeas normas”.

## La justicia constitucional como equivalente del derecho procesal constitucional

Hay quienes consideran que son institutos equivalentes y lo único que los separa es su nomen iuris, pues en Latinoamérica se utiliza “Derecho Procesal Constitucional” y en Europa “Justicia Constitucional”. Es decir, se entiende que son dos caras de la misma moneda.

En América Latina el Derecho Procesal Constitucional se ha impuesto definitivamente como una ciencia autónoma no solo respecto del derecho constitucional sino también del derecho procesal.

Por supuesto, que el debate entre los estudiosos sigue aún vivo en torno a la sistematización, el origen, la naturaleza predominante procesal o constitucional del derecho procesal constitucional, la extensión de sus contenidos, aunque sobre su autonomía ya no se discute.<sup>6</sup>

Ejemplos de ello lo tenemos en la creación desde la década de los ochenta del siglo pasado, del Centro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Rosario, Argentina, refundado en agosto de 2003 en el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

En lo relativo a los trabajos escritos sobre el derecho procesal constitucional existen obras, tales como las realizadas por

5 Velandia Canosa, Eduardo Andrés (2014). “Modelo Colombiano de Justicia Constitucional”, en la obra colectiva coordinada por Silvia Bagni: “Justicia Constitucional Comparada”, Editorial Porrúa, México. Traducción del italiano por la doctora Milagros Aurora Revilla Izquierdo.

6 Bagni, Silvia (Coord.) (2014). Justicia Constitucional Comparada, Editorial Porrúa, México. Traducción del italiano por la doctora Milagros Aurora Revilla Izquierdo.

Néstor Pedro Sagués,<sup>7</sup> Gerardo Eto Cruz,<sup>8</sup> Ernesto Rey Cantor,<sup>9</sup> Héctor Fix-Zamudio,<sup>10</sup> Eduardo Ferrer Mac-Gregor,<sup>11</sup> Eloy Espinosa-Saldaña Barrera<sup>12</sup> y, Pablo Villalba Bernie,<sup>13</sup> entre muchos otros.

Ocasionalmente en sus sentencias muchos Tribunales Judiciales de América, han utilizado el derecho procesal constitucional como rama autónoma y diferente al resto de las materias jurídicas, pero como sinónimo de la justicia constitucional. Podemos citar a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela en el caso "Defensoría del Pueblo vs. Comisión Legislativa Nacional" del 30 de junio de 2000. Allí se estableció que

el Derecho Procesal Constitucional difiere del procesal común, ya que las normas del Código de Procedimiento Civil, orientadas a resolver litigios entre partes, que solo son atinentes a ellas y a sus propios intereses, tienen que tener una connotación distinta a la de los procesos constitucionales, donde el mantenimiento de la supremacía, y de los principios constitucionales, no solo son materias atinentes a todo el mundo, sino que no pueden verse limitados por formalismos, o instituciones que minimicen la justicia constitucional.

En Europa en cambio, el derecho procesal constitucional no ha encontrado el éxito logrado en América, atento que los académicos siguen usando el término más tradicional de "justicia constitucional".

7 Sagués, Néstor P. (1988). *Derecho Procesal Constitucional*, 4 vols., Buenos Aires.

8 Eto Cruz, Gerardo (1990). *Breve introducción al derecho procesal constitucional*, Trujillo.

9 Rey Cantor, Ernesto (1994). *Introducción al derecho procesal constitucional*, ediciones Universidad Libre, Bogotá.

10 Fix-Zamudio, Héctor (2002). "Introducción al Derecho procesal constitucional", *Fundación de Derecho Administrativo y Político*, México.

11 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2004). *Ensayos de derecho procesal constitucional*, Porrúa, México, 2004.

12 Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy (2006). *Encuestas sobre derecho procesal constitucional*, Jurista Editores, Lima.

13 Villalba Bernie, Pablo y Rojas Wiemann, Javier (Dir.) (2014). *Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Hesaka, Paraguay, 2014.

## Distinción entre la justicia constitucional y la jurisdicción constitucional

Fue en el Encuentro de Paipa (Colombia) – denominado erróneamente de Sochagota –,<sup>14</sup> en noviembre de 1977, en donde según Domingo García Belaunde<sup>15</sup> por primera vez en el mundo iberoamericano se analizó con detenimiento el tema de la entonces llamada "Jurisdicción Constitucional". Allí Humberto J. La Roche, representando a Venezuela, presentó una ponencia titulada "La jurisdicción constitucional en Venezuela y la nueva Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación". En ella dijo que la jurisdicción constitucional está relacionada con la actividad de los tribunales sobre aspectos de orden constitucional, y la disciplina que lo estudia es el "Derecho Procesal Constitucional" y citó en su apoyo a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Esta fecha, 1977, sería la primera vez que en la doctrina venezolana utiliza el concepto de "derecho procesal constitucional", aun sin mayor eco.

Humberto La Roche<sup>16</sup> señala que según Alcalá-Zamora y Castillo, Kelsen es el fundador del "derecho procesal constitucional". No obstante esto, en el Capítulo VI del libro está dedicado al tema del control que titula como "justicia constitucional", explicando su funcionamiento en Venezuela, utilizando indistintamente el concepto de "justicia constitucional" y "jurisdicción constitucional".

Pero fue otro autor venezolano, Brewer Carias,<sup>17</sup> quien luego de la promulgación de la nueva Constitución de 1999, adopta un nuevo enfoque y realiza una distinción entre "justicia

14 Aunque muchos autores denominan erróneamente el encuentro de Sochagota, pues ese es el nombre del lago y el hotel donde se hizo el encuentro, pero en realidad el encuentro fue realizado en el municipio colombiano de Paipa, situado en el centrooriente de Colombia, administrativamente se encuentra en la provincia de Tundama del departamento de Boyacá. La mencionada localidad sigue siendo un lugar de importantes encuentros académicos, en mayo de este año se ha celebrado el VI Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, organizado por la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional.

15 Prólogo del libro de Allan Brewer Carias: "La Justicia Constitucional (procesos y procedimientos constitucionales)", editorial Porrúa, México, año 2007.

16 La Roche, Humberto J. (1984): "Instituciones constitucionales del Estado venezolano", novena edición, Metas, Maracaibo.

17 Brewer Carias, Allan (2000) *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*, ed. Jurídica Venezolana, Caracas.

constitucional” y “jurisdicción constitucional”. Considera que la expresión “justicia constitucional” es un concepto material que equivale a control judicial de la constitución, de las leyes y demás actos estatales, el cual ha sido ejercido en su país, siempre, por todos los tribunales pertenecientes a todas las jurisdicciones, es decir, por todos los órganos que ejercen en el Poder Judicial. En cambio la expresión “jurisdicción constitucional” es una noción orgánica, que tiende a identificar un órgano específico del Poder Judicial que tiene, en forma exclusiva, la potestad de anular ciertos actos estatales por razones de inconstitucionalidad. En los países europeos dicha jurisdicción constitucional corresponde a los tribunales o cortes europeos.

El profesor brasileiro, Oliveira Barracho<sup>18</sup> hace suya la vieja distinción elaborada en 1928 por Charles Eisenmann (discípulo de Hans Kelsen) que dice que la Justicia Constitucional es la especie a través de la cual se examina las leyes inconstitucionales, mientras que la “jurisdicción constitucional”, es el órgano a través del cual se ejerce esse tipo de justicia. Por tanto dicho autor considera que la noción de justicia constitucional es distinta a la de jurisdicción constitucional.

## Las diferencias entre el Derecho Procesal Constitucional y la Justicia Constitucional

Fue el procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo quien habló por primera vez a mediados de 1930 de una legislación procesal constitucional, que luego lo plasmó en el título, que dio origen a una colección de ensayos que publicó en su exilio en la Argentina llamado: “Ensayos de Derecho Procesal, Civil, Penal y Constitucional” editado por Revista de Jurisprudencia Argentina, en el año 1944. Luego lo repitió con mayor amplitud, en una reseña bibliográfica que publicó en la Revista de Derecho Procesal que era dirigida por Hugo Alsina.

18 Rocha, Luiz X. y Moraes, Filomeno (Coords.) (2005). “Direito Constitucional Contemporâneo”, Homenagem ao prof. Paulo Bonavides, Del Rey Ed., Belo Horizonte.

De este modo se dio origen en América al derecho procesal constitucional como disciplina independiente pero dentro del derecho procesal y fue justamente en México a través de Héctor Fix-Zamudio que se otorgó a la disciplina el desarrollo y autonomía que hoy conocemos.

Por otro lado en Italia y en Alemania, la Justicia Constitucional nace con muy pocos ejemplos de referencia, mientras que en Francia se mantuvo durante mucho tiempo como un caso aislado. La doctrina de esos países ha colaborado desde el principio con los respectivos tribunales para el desarrollo de los presupuestos teóricos y prácticos del control de constitucionalidad con el fin de legitimar este nuevo instrumento de garantía, centrándose principalmente en los aspectos procesales internos.<sup>19</sup>

En Europa la Justicia Constitucional no solamente es el resultado último de la consolidación del Estado de Derecho, sino también, en particular, de la noción de Constitución como norma jurídica suprema y positiva. Como lo ha señalado Mauro Cappelletti,<sup>20</sup> la Constitución debe ser entendida no como una simple pauta de carácter político, moral o filosófico, sino como una ley verdadera, positiva y obligatoria, con un carácter supremo y más permanente que la legislación positiva ordinaria.

A partir de allí la justicia constitucional se ha ampliado no solo como lo había concebido Hans Kelsen en sus primeras décadas del siglo pasado, como la garantía judicial de la supremacía constitucional, sino también como la organización judicial del control de constitucionalidad y las herramientas necesarias para la protección de los derechos. Es por ello que la Justicia Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional colisionan, ya que tratan similares temáticas.

En Venezuela Brewer Carias<sup>21</sup> no se muestra partidario del derecho procesal constitucional, ni tampoco de conceder un carácter procesal a estos instrumentos, sino más bien piensa en una defensa de la Constitución desde adentro, evitando

19 Tusseau, Guillaume (2009). “Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica”, Bup. Bologna, pp. 61 y ss.

20 Cappelletti, Mauro (1984). “Judicial Review of legislation and its Legitimacy”, General Report International Association of Legal Sciences. Uppsala.

21 Brewer Carias, Allan (2007). La Justicia Constitucional (procesos y procedimientos constitucionales), Editorial Porrúa, México.

así toda referencia procedimental, declarando que por justicia constitucional se entiende la totalidad del universo de garantías y controles de la Constitución y por jurisdicción constitucional el órgano específico, sea éste una Corte o Tribunal Constitucional, con competencia para ello. Es decir, la justicia constitucional es un concepto material mientras que jurisdicción constitucional es un concepto orgánico.

Si bien aquí, el autor, no hace una distinción entre el derecho procesal constitucional y la justicia constitucional, descarta la aplicación de la primera, para robustecer la segunda como un instrumento primordial, sobre todo lo relativo a la justicia y la constitución.

En Brasil el profesor André Ramos Tavares<sup>22</sup> desarrolla una muy interesante teoría sobre la Justicia Constitucional, presentado a la Justicia Constitucional como una disciplina jurídica autónoma que tiene dos maneras diferentes de manifestarse: el Derecho Procesal Constitucional (estudia y analiza el proceso objetivo) y el Derecho Constitucional Procesal (analiza los aspectos constitucionales que trata sobre el proceso).

En España el profesor español Jesús González Pérez<sup>23</sup> con un enfoque netamente procesal, opina que el Derecho Procesal Constitucional es un conjunto de normas que regula el proceso constitucional y añade que no hay jurisdicción constitucional sino desde 1920 con la creación de la Corte Constitucional austríaca, ya que el proceso constitucional es precisamente el que conoce un tribunal constitucional.

En Alemania Peter Häberle considera al Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional concretizado, representado en principios constitucionales como el espacio público, el Estado de Derecho, y el pluralismo, ello por ejemplo en la audiencia de un círculo de participantes tan grande como sea posible en los procesos orales.<sup>24</sup>

22 Tavares, André R., ob. cit.

23 González Pérez, Jesús, ob. cit.

24 Hesse, Konrad y Häberle, Peter (2005). Estudios sobre la jurisdicción constitucional, Editorial Porrúa, México.

## La justicia constitucional aggiornada para América

Para poder esclarecer las situaciones explicadas y con el afán de buscar elementos comunes, podemos considerar una nueva interpretación de la Justicia Constitucional actualizándola a nuestros tiempos, con rasgos más abarcativos, tomando al Derecho Constitucional Judicial como la materia que estudiará e interpretará dicho instituto.

Para una nueva visión de la Justicia Constitucional, debemos hacer hincapié en dos elementos, el ensanchamiento y la actualización. La mencionada amplitud se traza en el estudio de todas las cuestiones atinentes al juez, desde su función controlante de la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, hasta las resoluciones de conflicto entre particulares o entre particulares y el Estado. Todo ello desde sus aspectos orgánicos y funcionales, pasando por los aspectos protectores de derechos, las garantías constitucionales, la independencia judicial, el error judicial, y la interrelación con las otras ramas del derecho (ambiental, tributario, administrativo, etc.).

Y en cuanto a la actualización, debemos hacer chocar elementos de la justicia constitucional amplificada con la realidad, para de ese modo llegar a una correcta y sistemática justicia constitucional aggiornada. De conformidad con ello, se analizarán el modelo multidimensional, el nuevo rol de los jueces con el activismo judicial, los nuevos conflictos constitucionales a través de la lid constitucional y finalmente la acción por parte de los ciudadanos en resguardo de la norma jurídica en el "habeas normas".

### El modelo integral: la justicia constitucional multidimensional

El profesor colombiano Eduardo Andrés Velandia Canosa<sup>25</sup> considera que debemos pensar en perspectiva la justicia constitucional, implicando partir del modelo originario que se creó en Colombia, es decir, el dual y paralelo. Esto significa que debe implementarse:

25 Velandia Canosa, Eduardo A., ob. cit. p. 262.

a) La creación de una jurisdicción constitucional especializada por niveles, ante la cual se tramiten los procesos de control de constitucionalidad;

b) La implementación de un control incidental de constitucionalidad, que se pueda tramitar ante todos los jueces o funcionarios que tramiten procesos judiciales o administrativos, para inaplicar la ley inconstitucional, con la posibilidad de una impugnación ante la jurisdicción constitucional;

c) Ratificar el modelo supranacional de justicia constitucional ejercido por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El mismo autor, sostiene que no debemos temer a tener una verdadera justicia constitucional y para ello debe implementarse un modelo multidimensional, tal como se ha sustentado. Este modelo debe reglamentarse a través de un Estatuto de Justicia Constitucional (Código Procesal Constitucional) que precise el acceso a la justicia constitucional, sus alcances, el modelo de jurisdicción constitucional base de su propuesta, una parte especial dedicada a los procesos constitucionales e incidentes de control de constitucionalidad o convencional, y una parte final dedicada a la jurisdicción constitucional supranacional. Es necesario implementar la oralidad en la justicia constitucional y brindar celeridad, toda vez que se requiere una justicia de cara a la realidad y acorde en el Estado Social, Democrático y Constitucional de Derechos.<sup>26</sup>

En sus pensamientos finales el autor considera que es necesario implementar un modelo mixto de origen dual, que permita una justicia constitucional integral, en su naturaleza objetiva y subjetiva. En este orden de ideas, se requiere implementar una jurisdicción constitucional especializada y, paralelamente, implementar procedimentalmente un incidente de control y protección constitucional en la jurisdicción ordinaria.<sup>27</sup>

## El activismo judicial

<sup>26</sup> Velandia Canosa, Eduardo A., ob. cit., p. 282.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

Activismo es toda actitud activa, frontal y directa frente a diferentes obstáculos que se pueden presentar en el camino hacia un determinado objetivo. La palabra "activa" deriva del latín *activus*, que significa facultad de obrar con diligencia, eficacia y prontitud, sin dilación.

Aquí encontramos la característica general y los elementos esenciales del activismo. Dentro de la primera tenemos la facultad de obrar sin dilación, mientras que sus componentes esenciales son: a) diligencia,<sup>28</sup> b) eficacia,<sup>29</sup> y c) prontitud.<sup>30</sup>

La locución "activismo judicial" fue, posiblemente, usada por vez primera por la Suprema Corte de EE UU – alrededor de 1954 – cuando se autoproclamó "activista", muy especialmente bajo la presidencia del Juez Earl Warren, con el célebre caso "Brown vs. Board of Education" del 17/5/1954, en el que se declaró, por unanimidad, la inconstitucionalidad de la segregación racial en las escuelas norteamericanas. Lo curioso de este caso, de ahí la posición activista, es que nada se dijo sobre la forma de ejecución de dicha sentencia, ni incorporaba a los cinco chicos demandantes, ni obligaba a las cinco mil escuelas a dejar de lado la norma inconstitucional que beneficiaría a tres millones de estudiantes de color.

Los jueces, en este caso, tuvieron dos caminos, obligaban a acatar la sentencia de cumplimiento imposible o tomaban un rol protagónico político cuya decisión se basaría en tan sólo colocar en la sentencia a la gente que el sistema excluía, demostrando que chocaba con los derechos constitucionales y que estaban en vías de extinción. La Corte optó por esto último y, al año, es decir, en 1955, las grandes ciudades y los centros marginales habían cumplido la sentencia; los Estados sureños fueron los que más se

<sup>28</sup> Una persona diligente es todo actuar rápido en el obrar, activo. La negligencia se nutre con nuestras dilaciones: "Todavía tengo tiempo, aún falta para..., mañana lo haré, ya veré si encuentro alguien que lo haga, no hay apuro...". Esas postergaciones equivalen a olvidos; la única diferencia es que, en lugar de relegar las obligaciones al subconsciente, las relegamos en el tiempo. La negligencia se nutre con las cosas hechas a medias, para salir del paso, para cumplir con lo justo o algo menos, sin que se note demasiado la escasa efectividad. Esas cosas hechas a medias son peores que las mal hechas: si hemos de dar el ejemplo, poco lo daremos con un trabajo al que le faltan detalles, mal terminado, con dudosa calidad, a lo que se suma el mal gusto de echarle la culpa a otros compañeros o a las "difíciles circunstancias", por lo que pudo haber sido y no fue ([www.nuevaacropolis.org.ar/negligencia-o-diligencia](http://www.nuevaacropolis.org.ar/negligencia-o-diligencia)).

<sup>29</sup> Cualidad de eficaz. Se aplica a la persona o cosa que realiza satisfactoriamente su función.

<sup>30</sup> Rapidez en hacer algo. Deriva de la palabra pronto que significa rápido y diligente.

resistieron al cambio, y recién a los siete años las escuelas lo cumplieron en su totalidad. Dicha modificación comenzó en el año 1958 con el fallo “Cooper vs. Aaron” en el que la Corte reafirmó su posición, estableciendo su obligatoriedad para la Legislatura y los Tribunales de Justicia de dicho Estado.

Esta decisión con ribetes políticos no altera la división de poderes que, como sostiene Alberto Bianchi,<sup>31</sup> es la reafirmación dinámica del Estado de Derecho.

Si bien como se ha señalado la palabra activismo tuvo sus comienzos en los fallos de la Corte de EE UU, el instituto tuvo sus antecedentes hace más de setecientos años en las Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio, donde en la Partida Tercera, Ley 11, Título IV, se le imponía al juez “saber la verdad del pleito por cuantas maneras pudiese” otorgándole un poder muy amplio (activismo), siempre que lo sea en aras de esclarecer la verdad del litigio.

Ello fue sostenido por Estévez Seguí<sup>32</sup> – uno de nuestros primeros procesalistas argentinos – que había rescatado esta facultad proveniente de las partidas, antes de que la Ley de Enjuiciamiento Civil Española señalara en su tratado que el juez podía buscar la verdad en cualquier tiempo hasta la sentencia. Es por ello que aquél no sólo fue el primer procesalista, sino también el primer activista judicial.

Resumiendo, un juez activista es un magistrado que desprovisto de toda formalidad, brega por el cumplimiento de sus propósitos en búsqueda de la verdad jurídica objetiva con respeto de los derechos constitucionales.

## Lid constitucional

La palabra lid proviene del latín *lis* o *litis*, que significa combate, pelea, disputa, contienda de razones y argumentos. Y precisamente en derecho, la lid es un choque normativo donde existen argumentos y razones de ambas partes, donde el juez deberá resolver por algunas de ellas dentro de un todo.<sup>33</sup>

En el ámbito constitucional, denominamos lid a todo conflicto intraconstitucional, es decir, a aquellos que surgen dentro de la propia Constitución. Dichos conflictos pueden ocurrir entre diversos artículos de la Constitución Nacional (en adelante CN) o entre alguno de sus artículos y los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional (en adelante TIJC). En este último caso, debemos tener en cuenta la responsabilidad internacional que tal extremo podría acarrear para nuestro país.

En el caso de no aplicar un artículo de la CN o de los TIJC alteraremos el antiguo pensamiento, en el que no puede presumirse que exista alguna cláusula de la Constitución que esté pensada para no tener efectos y, por lo tanto, la interpretación contraria es inadmisibles, pero esta problemática la resolveremos en los puntos siguientes.

No cabe duda que deberá haber, como elemento esencial, un incontestable y palmario argumento fáctico y jurídico para no tener en cuenta –en el caso concreto – una parte de la Constitución Nacional o de los TIJC. Allí los jueces deben considerar que el caso reviste una seria gravedad institucional que debe ser resuelta no ya de última ratio – como el control de constitucionalidad – sino de extra ratio. Y, precisamente, en todo argumento que no revista esta característica, la acción debería ser rechazada.

Los requisitos esenciales que debe tener una lid constitucional son los siguientes:

- 1) probar extrema necesidad,
- 2) tener una urgencia real y palmaria,
- 3) la decisión en el caso deberá ser necesaria, forzosa e ineludible – teoría de la inevitabilidad –, y
- 4) una contradicción entre artículos de la CN, de los TIJC, o entre la CN y los TIJC.

Ahora bien, controlados que fueran los requisitos esenciales de la lid constitucional, tendremos que efectuar una nueva y más renovadora visión a la inconsecuencia o falta de previsión, pues

31 Bianchi, Alberto (1996). *Dinámica del Estado de Derecho*, Ábaco, Buenos Aires.

32 *Tratado elemental de los procedimientos civiles en el foro de Buenos Aires*, 1850.

33 Maraniello, Patricio (2014). “La Lid Constitucional”, *La Ley Suplemento Actualidad*, del 18/09/2012.

Y también de la Revista de Ciencia Jurídica de la Universidad de Guanajuato. México. Año 3 Nro. 5 de enero/junio de 2014.

de algún modo ante un choque entre artículos constitucionales o entre la Constitución y los TIJC, estaremos siempre dejando de aplicar una parte de aquélla por ser contraria a otra de sus partes, cuya contradicción el constituyente no previó.

La lid constitucional no se resolverá por medio de la aplicación de la supremacía o jerarquía constitucional ni se efectuará un control de constitucionalidad, sino un "examen o test de armonización constitucional". En dicho examen resulta también aplicable el control de convencionalidad, tomado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso "Mazzeo",<sup>34</sup> que sigue a su vez los lineamientos del caso "Almonacid" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto se debe tener en cuenta que dicho control no suplanta el examen o test de armonización constitucional, sino por el contrario, lo complementa y lo ayuda para una mejor utilización del derecho.

Para Sagüés<sup>35</sup> al haber colisión entre el articulado constitucional y el de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, el intérprete debe agotar todas las posibilidades en torno a una interpretación armoniosa entre unas y otras reglas. Eso es una norma de sentido común, universalmente aceptado y acorde con lo que se denomina interpretación orgánica o sistemática de la Constitución (en este caso, entre normas constitucionales propiamente dichas y normas con jerarquía constitucional). Ello obliga a compensar valores y derechos, a balancearlos – aun haciendo esfuerzos hercúleos – a compatibilizarlos y a lograr que convivan.

La consecuencia ante dichas divergencias ya no es la declaración de inconstitucionalidad, como habitualmente se realiza cuando un instrumento está en contra de la Constitución (pues los TIJC son parte de ella), sino la inaplicabilidad, sea, en su caso, de la Constitución o de los TIJC.

La inaplicabilidad de los TIJC pueden darse por dos motivos diferentes: cuando el Estado no prevé que al incorporar el Tratado produce una contradicción con la Constitución o cuando aquélla surge posteriormente por una situación sumamente parti-

cular y específica que aparece en una causa determinada de muy difícil previsión.

En ambos casos el accionante tiene la carga de probar la falta de previsión o inconsecuencia de la ley, donde ello no se presume, sino que hay que demostrarlo fáctica y jurídicamente.

Estos choques constitucionales son más proclives que ocurran, precisamente, en países como la Argentina donde se han realizado las reformas constitucionales como agregados o enmiendas y no como nueva Constitución. Seguramente la contradicción puede darse, si tenemos en cuenta que a cada modificación constitucional se le incorporan pensamientos y opiniones que aggiornan la Constitución histórica.<sup>36</sup>

Esto se acentúa cuando las modificaciones constitucionales se elaboran sobre la base de las llamadas "cláusulas pétreas" donde no se permite una adaptación de los anteriores artículos constitucionales a los nuevos objetivos y designios.

## Habeas normas

Hábeas norma son dos palabras latinas. Hábeas, segunda persona del singular del presente del subjuntivo del verbo latino habere (tener) y norma deriva del latín escuadra, que es considerada como la regla que se debe seguir o a la que se deben ajustar las conductas, tareas, actividades.<sup>37</sup>

Ambas palabras significan literalmente "traígase tu norma" o "que tengas tu norma", y en una forma de conceptualización más amplia, sos el dueño de las reglas a seguir o a las que se deben ajustar las conductas, tareas o actividades.

Saber cuándo se ha dado inicio a dicha denominación no resulta tarea sencilla, pero podemos decir que el "Habeas Normas" (en adelante HN) es una garantía constitucional que protege a toda persona física o jurídica de la inacción del Estado u órgano emisor encargado de regular un derecho.

34 Fallos 330: 3248 (2007).

35 Sagüés, Néstor, "Constitucionalidad y extensión del 'derecho de réplica'", JÁ 1998-IV-316.

36 Como lo es la Constitución histórica Argentina de 1853/60, considerada la quinta Constitución vigente más antigua del mundo.

37 Maraniello, Patricio. "Proyectos legislativos de Habeas Normas", LL A 5 N° 2 (abr. 2012) p. 119-134.

Por su parte, la decisión jurisdiccional ordenará, si encuentra motivo para ello, al organismo nacional, provincial o municipal que subsane la omisión reglamentaria dentro de un plazo breve, bajo apercibimiento de responsabilidad del agente y sanción de sustitución que el tribunal determine.

Será el juez competente el que decida sobre la viabilidad de su regulación o su continuación en su formato actual, según los motivos, pruebas y características especiales que las partes realicen en la causa.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación encontramos apoyatura, sin ser citado, al hábeas norma, desde su posible creación como garantía constitucional innominada, hasta la actuación judicial supliendo incorrectas regulaciones normativas, integrando la norma por falta o ausencia de reglamentación o realizando regulaciones en beneficio del esclarecimiento de delitos de lesa humanidad.

El HN no altera la separación de poderes ni invade facultades ajenas, pues no se trata de los jueces ordenando al Poder Legislativo o Ejecutivo que cumplan con su deber, sino de los jueces haciendo cumplir la voluntad o el espíritu de la norma jurídica incumplida.

## Conclusión

La idea de unificar el derecho procesal constitucional latinoamericano y la justicia constitucional europea, resulta no solo insustancial sino innecesario, pues quizás estemos hablando de dos caras de la misma moneda; cuando estamos en Latinoamérica la cara cae para el lado del derecho constitucional procesal y si estamos en Europa la cara parece caer para el lado de la justicia constitucional.

Sin embargo, ambas son el resultado de creaciones recientes en grado comparativo con las revoluciones constitucionales de EEUU (1787) y Francia (1789-1791). Si bien en Europa se desarrolló la temática procesal, no se atrevió a extenderla a los temas constitucionales, cosa que se hizo a partir de 1920. A partir de

ese año se empieza a hablar de control de constitucionalidad de las leyes y tales experiencias se denominaron jurisdicción o justicia constitucional,<sup>38</sup> que tuvieron una gran expansión después de la Segunda Guerra Mundial. En Francia y en Italia, se emplea el término "justicia constitucional" como el abarcador de lo que hacen los respectivos órganos constitucionales, sean estos Consejo Constitucional Francés o Corte Constitucional Italiana, pero siempre desde la denominación de Justicia Constitucional y no Derecho Procesal Constitucional, a la que generalmente se considera como una rama del Derecho Constitucional.

En cambio, el Derecho Procesal Constitucional tuvo su aparición en 1944 a través del procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo durante su exilio en Argentina, y su excursión teórica tuvo su aparición en 1945 en México, por el procesalista mencionado, tomado luego por el resto de América, con excepción de Estados Unidos, donde ha nacido el control de constitucionalidad difuso por parte de los jueces. Allí el derecho procesal constitucional no existe, allí se habla de "judicial review" pero no como un proceso, sino como una técnica de control de la supremacía constitucional. Ello tuvo su nacimiento en el famoso caso "Marbury vs. Madison" en 1803, aunque no tuvo una aceptación pacífica, de hecho el juez Marshall jamás volvió a inaplicar una ley federal en los siguientes treinta y dos (32) años que permaneció en la Corte Suprema de EEUU. Recién se volvió a utilizar con la Corte de Taney y en forma intermitente hasta la época de Roosevelt (siglo XX).

Sin embargo, a lo largo del tiempo vemos que el Derecho Procesal Constitucional no es exclusividad de Latinoamérica, ni la Justicia constitucional es exclusiva de Europa. Existen autores como por ejemplo el profesor venezolano Allan Brewer Carías y el profesor brasileño André Ramos Tavares quienes desarrollan una valiosa teoría sobre la Justicia Constitucional. Por su parte

38 La ponencia de Kelsen presentada en Viena en abril de 1928 se cita la jurisdicción constitucional, mientras la versión francesa hecha por su discípulo Charles

Eisenmann, utiliza indistintamente "justicia constitucional" y "jurisdicción constitucional". Por eso se sostiene que el término de justicia constitucional es hechura ajena y no pertenece a Kelsen, pues para su pensamiento positivo la justicia es básicamente un término valorativo, axiológico y sin vinculación alguna con la aplicación de las leyes o de la constitución. La idea de Kelsen es que estamos ante una jurisdicción constitucional, esto es, un decir el derecho en sentido de vigilancia o control constitucional y referido básicamente a las leyes.

en Europa se han editado varios libros sobre el Derecho Procesal Constitucional por autores como el profesor español Jesús González Pérez y el profesor italiano Cappelletti.<sup>39</sup>

Otro muy significativo ejemplo, es la tarea desarrollada por el profesor italiano Roberto Romboli, quien con sus colaboradores de Pisa, han publicado varios volúmenes dedicados al "aggiornamenti in tema di proceso costituzionale", en donde hace referencia también al Derecho Procesal Constitucional y al Proceso Constitucional.

Una posición particular es la del jurista alemán Peter Häberle, que sin detenerse en el tipo de denominación, consideró que el Derecho Procesal Constitucional no es más que el Derecho Constitucional concretizado.

Ahora bien, luego de pasar tanta agua abajo del puente, debemos retornar a la noción de justicia constitucional, porque los jueces deben realizar la función judicial de un modo abarcativo y actualizado, a través de la Constitución y los Tratados Internacionales (especialmente de Derechos Humanos). En este sentido tenemos el modelo multidimensional, el nuevo rol de los jueces con el activismo judicial, los nuevos conflictos constitucionales a través de la lid constitucional y finalmente la acción por parte de los ciudadanos en resguardo de la norma jurídica a través del habeas normas.

Es por ello que debemos tomar a la Justicia Constitucional para América em forma aggiornada, y como disciplina de enseñanza al Derecho Constitucional Judicial donde se desarrolle todo lo referente a la justicia y la constitución. Con esta denominación el profesor de Brasil Ivo Dantas,<sup>40</sup> luego de separar las disciplinas del Derecho Constitucional Procesal, del Derecho Procesal Constitucional, incorpora una tercera disciplina llamada Derecho Constitucional Judicial a través del cual se estudia el Poder Judicial, el Ministerio Público y la abogacía, en forma conjunta y orgánica.

39 Cappelletti, Mauro (1969). *Processo e ideologie*, Il Mulino, Bologna.

40 Dantas, Ivo (2003). "Introdução ao Direito Processual Constitucional", Juruá editora, Curitiba, Brasil.

Finalmente, debemos pensar que las materias establecidas por generaciones pasadas deban aggiornarse a las nuevas necesidades y circunstancia del mundo, y es justamente esta generación la que tiene la imperiosa obligación de incorporar com originalidad y precisión nuevos enfoques al solo efecto de mejorar nuestras vidas y de las futuras generaciones. Como lo ha sostenido Tomas Jefferson,<sup>41</sup> en tiempos del nacimiento del constitucionalismo moderno de EEUU, que "las generaciones presentes no pueden atar de por vida a las generaciones futuras, ya que existiría de esta manera una especie de dictadura de los muertos sobre los vivos".<sup>42</sup>

## Referencias

Bagni, Silvia (Coord.) (2014). *Justicia Constitucional Comparada*, Editorial Porrúa, México. Traducción del italiano por la doctora Milagros Aurora Revilla Izquierdo.

Bianchi, Alberto (1996), *Dinámica del Estado de Derecho*, Ábaco, Buenos Aires.

Brewer Carias, Allan (2007). *La Justicia Constitucional (procesos y procedimientos constitucionales)*, Editorial Porrúa, México.

Brewer Carias, Allan (2000). *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*, ed. Jurídica Venezolana, Caracas.

Cappelletti, Mauro (1984). "Judicial Review of legislation and its Legitimacy", *General Report International Association of Legal Sciences*. Uppsala.

Cappelletti, Mauro (1969). *Processo e ideologie*, Il Mulino, Bologna.

Dantas, Ivo (2003). *Introdução ao Direito Processual Constitucional*, Juruá editora, Curitiba, Brasil.

Eto Cruz, Gerardo (1990). *Breve introducción al derecho procesal constitucional*. Trujillo.

41 Fue el tercer presidente de los Estados Unidos de América, ocupando el cargo entre 1801 y 1809. Se le considera uno de los Padres Fundadores de la Nación.

42 Carta escrita por Jefferson a John Cartwright el 5 de junio de 1824.

Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy (2006). Encuestas sobre derecho procesal constitucional, Jurista Editores, Lima.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2004). "Ensayos de derecho procesal constitucional", ed. Porrúa, México. Fix-Zamudio, Héctor (2002). "Introducción al Derecho procesal constitucional", Fundación de Derecho Administrativo y Político, México.

González Pérez, Jesús (1980). Derecho Procesal Constitucional. Ed. Civitas, Madrid.

Hesse, Konrad y Haberle, Peter (2005). Estudios sobre la jurisdicción constitucional. Editorial Porrúa, México.

La Roche, Humberto J. (1984). Instituciones constitucionales del Estado venezolano (9ª edic.), Metas, Maracaibo.

Maraniello, Patricio (2012). "Proyectos legislativos de Habeas Normas", LL A 5 N° 2 (abr. 2012) p. 119-134.

Maraniello, Patricio (2012). "La Lid Constitucional", La Ley Suplemento Actualidad, del 18/09/2012. Y también de la Revista de Ciencia Jurídica de la Universidad de Guanajuato. México. Año 3 Nro. 5 de enero/junio de 2014.

Rey Cantor, Ernesto (1994). Introducción al derecho procesal constitucional, ediciones Universidad Libre, Bogotá.

Sagués, Néstor P. (1988). Derecho Procesal Constitucional, 4 vols., Buenos Aires.

Tavares, André R. (2005). Teoría da justiça constitucional, ed. Saravia, São Paulo.

Tusseau, Guillaume (2009). Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metologica, Bup. Bolonia, pp. 61 y ss.

Velandia Canosa, Eduardo A. (2014). "Modelo Colombiano de Justicia Constitucional", en la obra colectiva coordinada por Silvia Bagni. Justicia Constitucional Comparada, Editorial Porrúa, México. Traducción del italiano por la doctora Milagros Aurora Revilla Izquierdo.

Villalba Bernie, Pablo y Rojas Wiemann, Javier (Dirs.) (2014). Derecho Procesal Constitucional, Ed. Hesaka, Paraguay.

# STRUTTURA E INTERAZIONI DEI SISTEMI EUROPEI DI TUTELA DEI DIRITTI UMANI: LA CEDU, L'UE E IL PARERE N. 2/13 DELLA CGUE

Riccardo Perona<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Dottorando in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali nell'Università di Pisa e collaboratore nelle Università di Torino (diritto costituzionale), di Pisa e del Piemonte Orientale (filosofia del diritto). Già invitato come ricercatore ospite al "Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law" di Heidelberg e come docente nelle Università "La Gran Colombia" di Bogotá e "Libre" di Bogotá e di Cali. Segretario della sezione italiana dell'"Asociación Mundial de Justicia Constitucional". L'articolo è la traduzione, in parte rivisitata, del capitolo Estructura y dinámicas de los sistemas europeos de los derechos humanos, pubblicato in Patricio Maraniello (Director), Justicia constitucional: Derecho constitucional judicial (Resistencia - Argentina, Contexto, 2015), pp. 169-178. Qui come là ringrazio il dott. Alberto Miglio per i suoi importanti suggerimenti sul contenuto del testo. Ringrazio, inoltre, i miei studenti dell'Universidad Libre de Colombia, Seccional Cali, per le preziose discussioni sui temi esaminati e la loro percezione in America Latina.

## Presentazione

Il lavoro indaga quali siano la struttura e le reciproche interazioni dei sistemi europei di tutela dei diritti umani. Si considerano in questo senso, segnatamente, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'Unione europea, trattando, in una prospettiva storico-istituzionale, prima dell'un sistema e poi dell'altro, per giungere in seguito, alla luce di un case study (il parere n. 2/13 della Corte di giustizia dell'UE, contrario all'adesione di questa alla CEDU), a indagare i rapporti fra le due organizzazioni. Si conclude che l'esperienza europea in materia di diritti umani presenta, a livello normativo e giurisprudenziale, una fisionomia tutt'ora in divenire, confermandosi così l'utilità di ricostruzioni e proposte di sviluppo anche dottrinali.

### Contesto e rilevanza. I sistemi europei dei diritti umani

Quanto può definirsi, in via del tutto preliminare e generica, come "sistema europeo dei diritti umani" costituisce una realtà sotto ogni profilo complessa, che in tal modo risulta, appunto, solo approssimativamente indicata. Ciò può comprendersi già solo considerando, per esempio, che in Europa – nello "spazio giuridico europeo" latamente inteso<sup>2</sup> – non si ha, in senso stretto, "un" o "il" sistema di (tutela dei) diritti umani.

Da un lato, difatti, mantengono indiscussa rilevanza gli ordinamenti costituzionali nazionali; dall'altro, però, si rinvergono pure esperienze non nazionali o, si potrebbe dire, "oltre-nazionali". Peraltro, anche a voler limitare l'analisi a queste ultime – concretanti sistemi più squisitamente "europei" nella loro dimensione – il continente offre almeno due realtà rilevanti: quella

2 "Spazio [...] di diritto" è espressione impiegata nel Trattato sull'UE (art. 3, par. 2) con riferimento all'integrazione, acquisita e in fieri, dell'Unione. Si veda Armin von Bogdandy, *Le sfide della scienza giuridica nello spazio giuridico europeo* (Il diritto dell'Unione europea, 2/2012, 225). L'espressione "spazio giuridico europeo" fu usata, per quanto riguarda il Consiglio d'Europa (e anche, pare a chi scrive, sul sito del Consiglio stesso), con riguardo a ciò che si sarebbe venuto a creare in seguito all'adesione dell'UE alla CEDU.

della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), di natura internazionale, e quella dell'Unione europea (UE), di natura in senso proprio sovranazionale<sup>3</sup>.

Il panorama giuridico europeo in tema di diritti umani, dunque, si presenta plurale e, come suol dirsi oggi, multilivello. In questo quadro, tanto ciascuna delle menzionate esperienze quanto le rispettive relazioni richiamano l'interesse del giurista. Inoltre, una indagine su detti temi può forse risultare utile, ad esempio, in una prospettiva di futuri studi di diritto comparato da condursi in America Latina, dove i temi del diritto pubblico multilivello è studiata altrettanto attentamente che in Europa.

### Materia e metodo. Per un'analisi storico-istituzionale dei rapporti fra CEDU e UE

Il presente studio, lasciando da parte i sistemi nazionali, si concentra precisamente sulle due citate esperienze della CEDU e dell'UE e sulle relazioni fra le medesime. Il metodo impiegato per sviluppare tale tema è di tipo storico e istituzionale e culminerà con un case study.

Si incomincerà, così, con una esposizione separata del sistema della CEDU e di quello dell'UE, considerando l'evoluzione e il contenuto dei relativi strumenti giuridici (parr. 4-5). Il "caso" specifico sarà invece trattato al momento di affrontare il problema delle relazioni fra ordinamenti, quando si parlerà, appunto, del parere del 18 dicembre 2014, n. 2/13, reso dalla Corte di giustizia dell'UE (CGUE), Seduta plenaria (parr. 6-7). In conclusione si tenterà una breve discussione di quanto emerge dal quadro descritto (par. 8)<sup>4</sup>.

3 Precisamente per ciò, al fine di evitare imprecisioni, si è suggerito di definire l'insieme delle due esperienze col menzionato neologismo "oltre-nazionale". In generale sul tema dei diritti umani in Europa si vedano solamente: Federico Fabbrini, *Fundamental Rights in Europe* (Oxford: Oxford University Press, 2014); Steven Greer - Andrew Williams, *Human Rights and the Council of Europe and the EU. Towards «Individual», «Constitutional» or «Institutional» Justice?*, in *15 European Law Journal* (2009), 462, 473. Sulla distinzione fra gli aggettivi "internazionale", "sovranazionale", "transnazionale" e "sovranazionale" si veda Sergio Dellavalle, *Il costituzionalismo postnazionale: varianti di un progetto per il futuro* (Gaetano Azzariti - Sergio Dellavalle, *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane 2014), p. 38 in nota.

4 In generale, nello sviluppo della nota la citata pronuncia n. 2/13 della Corte di giustizia sarà il rife-

## Trattazione. La convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)

Nel merito dell'analisi, sembra preferibile principiare con il sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), che risulta di maggiore semplicità espositiva<sup>5</sup>.

Al riguardo va anzitutto rilevato che il sistema si colloca e sviluppa nell'ambito del Consiglio d'Europa, organizzazione internazionale nata, con la firma del relativo Statuto, nel 1949 e di cui fanno parte, oggi, quarantasette stati. Gli organi di tale organizzazione sono due: un Comitato dei Ministri e un'Assemblea, con differenti competenze. Di più, secondo le previsioni dello Statuto e nel rispetto di queste competenze, gli Stati possono concludere, direttamente nell'ambito del Consiglio, nuovi accordi internazionali, nella prospettiva del rafforzamento degli obiettivi del Consiglio stesso (art. 15).

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo è precisamente un accordo, firmato nel 1950 ed entrato in vigore nel 1953, concluso in questo quadro. Il testo, come noto, si divide in due parti. La prima reca il titolo «Diritti e libertà» e comprende le previsioni sostanziali. Si tratta, in altri termini, di un elenco di diritti, in gran parte quelli classici della tradizione giuridico-costituzionale moderna (diritto alla vita, alla libertà, al giusto processo, divieto di tortura e schiavitù eccetera). La seconda parte della Convenzione, invece, riguarda il meccanismo di controllo.

A quest'ultimo rispetto, un ruolo fondamentale è ricoperto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU): è questa, invero, l'organo investito dell'interpretazione e attuazione della Convenzione in via giurisdizionale (artt. 32 e ss.). La Corte, in par-

rimento principale, anche in considerazione dell'ampia sezione in cui la Corte stessa presenta un riepilogo del contesto storico-istituzionale antecedente.

5 Sul punto si vedano solamente: Josep Casadevall, *El Convenio europeo de derechos humanos: El tribunal de estrasburgo y su jurisprudencia* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012); Ed Bates, *The Evolution of the European Convention of Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2010); David J. Harris - Michael O' Boyle - Colin Warbrick - Ed Bates, *Law of the European Convention of Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2nd edition 2009); Mark W. Janis - Richard S. Kay - Anthony Wilfred Bradley, *European Human Rights Law: Text and Materials* (Oxford: Oxford University Press, 3rd edition 2008).

ticolare, può conoscere delle domande presentate, in relazione a denunciate violazioni delle previsioni sostanziali della Convenzione, da parte di alcuni Stati contro altri o, anche, da parte di soggetti individuali, gruppi o organizzazioni non governative che alleghino la violazione dei propri diritti ad opera di uno degli Stati membri.

È però da rilevare che la Corte può essere adita solo dopo che si siano esperite tutte le istanze di tutela a livello nazionale. La decisione inoltre, per quanto non di condanna, non può sindacare della validità degli atti dello Stato: semplicemente, quest'ultimo ha l'obbligo internazionale di eliminare le conseguenze della violazione e di adottare le misure necessarie a che la stessa non si ripeta, salva peraltro l'ulteriore possibilità, per la Corte, di stabilire una riparazione equitativa per il caso di non piena restituzione in integrum della vittima. Il Comitato dei Ministri, da parte sua, è incaricato di vigilare sull'esecuzione delle pronunce della Corte<sup>6</sup>.

## Segue. I diritti umani nell'unione europea (UE)

La seconda esperienza di cui si tratta è quella dell'Unione europea<sup>7</sup>.

In termini generali, come noto, l'ordinamento dell'Unione è un caso sotto diversi profili unico nello scenario giuridico mondiale. Di più, la dottrina lo considera come unico caso di integrazione non semplicemente internazionale, bensì specificamente sovranazionale. Si riscontra, per esempio, l'immediata applicabilità o comunque l'effetto diretto di alcune norme dell'Unione nell'ordinamento interno degli Stati membri e, in una considerazione più

6 Nel particolare meccanismo descritto emergono evidenti profili di differenza con il sistema della Convenzione interamericana. Le norme della CEDU, inoltre, non hanno effetto diretto negli ordinamenti interni.

7 Ex plurimis sul tema dei diritti umani nell'UE: Gráinne De Búrca, *Beyond the Charter. How Enlargement Has Enlarged the Human Rights Policy of the European Union* (27 *Fordham International Law Journal*, 2004, 679); Andrew Williams, *EU Human Rights Policies: A Study in Irony* (Oxford: Oxford University Press, 2004); Armin von Bogdandy, *The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union* (37 *Common Market Law Review*, 2000, Issue 6, 1307); Philip Alston - Joseph Weiler, *An "ever Closer Union" in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights* (Harvard: Harvard Law School, 2000).

globale, si tratta di un esempio di organizzazione internazionale con caratteri speciali, che mostra anche – e nonostante l'assenza di una costituzione o di un trattato costituzionale – per lo meno alcuni elementi di natura costituzionale o para-costituzionale<sup>8</sup>.

Si può dunque facilmente intuire che anche il tema dei diritti umani riveste un ruolo fondamentale in questo quadro. Del resto, solo di tale aspetto è rilevante – e possibile, per quanto in breve – parlare qui.

A questo proposito va sottolineato che la centralità dei diritti umani viene riconosciuta, inizialmente, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione (allora Comunità) nell'ambito di una integrazione, al principio, di carattere essenzialmente economico. In tale prospettiva i modelli sono, per un lato, le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e, per altro verso, l'esperienza della CEDU.

La codificazione positiva del diritto dell'UE riconosce, in seguito, tale sviluppo. Un passaggio centrale è la c.d. Carta di Nizza, ossia la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, del 7 dicembre 2000. In origine tale strumento non riveste forza vincolante, ma solo riafferma i diritti umani quali risultanti dalla tradizione comune degli Stati membri, dallo sviluppo dell'acquis dell'Unione e dall'esperienza della CEDU. In tal senso, oggetto specifico del documento sono nuovamente, come nel caso della Convenzione europea, diritti tipici e tradizionali (diritto alla vita, all'integrità, divieto di tortura eccetera – con la rilevante aggiunta, in apertura, del riferimento all'inviolabilità della dignità umana<sup>9</sup>).

Successivamente, fondamentale è il nuovo art. 6 del trattato di Lisbona del 2009. Da un lato, la disposizione conferma che i diritti fondamentali, quali riconosciuti nelle tradizioni comuni de-

gli Stati membri e nella CEDU, sono principi generali del diritto dell'unione. Dall'altro, l'articolo attribuisce forza vincolante alla Carta di Nizza, riconoscendole un valore giuridico uguale a quello dei Trattati (art. 6 del Trattato sull'UE)<sup>10</sup>.

Tale essendo il quadro attuale, a questi profili di diritto sostanziale si ricollegano, come è evidente, conseguenze sul piano delle procedure di tutela dei diritti così riconosciuti. Queste sono di particolare complessità nell'ambito di un ordinamento che, per quanto di natura sovranazionale, conta in primo luogo sui giudici nazionali per l'implementazione del proprio diritto. Spicca comunque la possibilità che uno Stato membro sia sottoposto – per violazione dei Trattati e quindi, ai sensi del citato art. 6, pure dei diritti previsti dalla Carta – a procedura di infrazione, dovendo rispondere del proprio operato alla Corte di giustizia (artt. 258 e ss. del trattato sul funzionamento dell'UE): procedura, quella in parola, che la Commissione può del resto anche attivare sulla base di denunce ricevute da privati cittadini<sup>11</sup>.

## Segue. Le relazioni fra i due sistemi e l'ipotesi di adesione dell'ue alla CEDU

Alla luce di quanto detto, risulta confermato che in Europa coesistono due differenti sistemi di tutela dei diritti fondamentali a livello "oltre-nazionale". Una coesistenza la cui potenziale problematicità si nota chiaramente e la cui rilevanza si comprende ancor più considerando la differente estensione dei due sistemi,

8 Sergio Dellavalle, *Il costituzionalismo postnazionale: varianti di un progetto per il futuro* (Gaetano Azzariti - Sergio Dellavalle (eds.), *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane 2014); Gráinne de Búrca - Joseph H. H. Weiler (eds.), *The Words of European Constitutionalism* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012); Armin von Bogdandy - Jürgen Bast (eds), *Principles of European Constitutional Law* (Oxford: Hart Publishing, 2nd reviewed edition 2010); Armin von Bogdandy, *Founding Principles of EU Law: A Theoretical and Doctrinal Sketch* (6 *European Law Journal*, 2010, 95); Joseph H. H. Weiler, *The Constitution of Europe* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999); parere n. 2/13 della Corte di giustizia, cit., passim e soprattutto ai punti 153 e ss.

9 Il modello pare evidentemente la Legge fondamentale tedesca: «Die Würde des Menschen ist unantastbar» (Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz).

10 In tema di interazioni "multilivello" è pure rilevante citare l'art. 53 della Carta, secondo il quale nessuna delle disposizioni della stessa «deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri». La previsione, parte delle cc.dd. disposizioni orizzontali che si trovano in coda alla Carta, è stata però interpretata dalla Corte di giustizia (sentenza Melloni, EU:C:2013:107) «nel senso che l'applicazione di standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali non deve compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione» (si veda il punto 188 del parere n. 2/13).

11 Né possono dimenticarsi le procedure attivabili dall'Unione, ex art. 7 del trattato sull'UE, in caso di rischio di gravi violazioni o di esistenza di gravi e persistenti violazioni dei valori di cui all'art. 2 del Trattato medesimo.

entrambi "europei" ma non nella stessa misura: difatti, se tutti gli Stati membri dell'Unione europea aderiscono anche alla Convenzione, per contro vi sono ulteriori Paesi membri di quest'ultima che non sono parti dell'Unione. V'è dunque da interrogarsi in ordine alle interazioni fra i due sistemi.

Al riguardo, già si è sottolineato il tradizionale riconoscimento della rilevanza dell'ordinamento della CEDU nel diritto giurisprudenziale e positivo dell'UE. L'idea generale pare, o pareva, quella di una comunione di principi e di amicizia fra i contenuti profondi dei due ordinamenti. In questo senso, già diversi anni addietro si comincia a parlare della possibilità di un'adesione dell'Unione alla Convenzione. In altri termini si osserva che, essendo già tutti i Paesi membri dell'UE parti anche della CEDU, si può forse immaginare che anche la stessa UE, come soggetto autonomo di diritto internazionale, divenga parte della CEDU.

Invero, tale possibilità era stata negata, nel 1996, dalla Corte dell'Unione, con l'affermare che solamente una modificazione dei Trattati avrebbe potuto consentirla. In seguito, tuttavia, tale modificazione viene operata. L'adesione alla Convenzione, difatti, si prevede espressamente nel Trattato di Lisbona, con lo stesso art. 6 sopra citato. Per parte sua, del resto, anche il sistema della CEDU giunge a consentire la possibilità di tale adesione, per mezzo di un protocollo addizionale (il n. 14 del 2004, in vigore dal 2010, che emenda in tal senso l'art. 59 della Convenzione).

In questo quadro, e in particolare nel rispetto delle previsioni più specifiche dettate dal diritto dell'Unione, principia in tempi più recenti il processo di adesione. Questo, tuttavia, non si rivela tanto semplice quanto poteva apparire alla luce delle dette premesse, venendo recentemente arrestato da una pronuncia fondamentale della Corte di giustizia dell'Unione.

## Segue. Il parere contrario della corte di giustizia dell'ue

Va al riguardo anzitutto rammentato che i negoziati fra le parti, nella prospettiva dell'adesione, iniziano nel 2010. Gli stessi

si concludono poi con un progetto di accordo del 5 aprile 2013. In merito alla compatibilità di tale progetto con i Trattati dell'UE la Commissione dell'Unione medesima domanda quindi un parere alla Corte di giustizia. Inaspettatamente, questa afferma, nel dicembre 2014, la sussistenza di una incompatibilità.

La Corte, in particolare, sostiene che, nonostante l'adesione sia prevista nel Trattato UE, il progetto di accordo in ordine alle modalità concrete di tale adesione si ponga in contrasto con in diritto primario dell'Unione. Difatti, «la circostanza che l'Unione sia dotata di un ordinamento giuridico di nuovo genere, avente una sua specifica natura, un quadro costituzionale e principi fondativi che sono suoi propri, una struttura istituzionale particolarmente elaborata, nonché un insieme completo di norme giuridiche che ne garantiscono il funzionamento, determina delle conseguenze quanto alla procedura e ai presupposti per un'adesione alla CEDU» (punto 158).

in tal senso, i problemi del progetto di accordo che la Corte sottolinea sono diversi. Secondo il riepilogo proposto in conclusione della stessa pronuncia (punto 258), va dichiarato «che l'accordo previsto, poiché:

«– è suscettibile di pregiudicare le caratteristiche specifiche e l'autonomia del diritto dell'Unione, in quanto non garantisce il coordinamento tra l'articolo 53 della CEDU e l'articolo 53 della Carta, non previene il rischio di lesione del principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri nel diritto dell'Unione e non prevede alcuna articolazione del meccanismo istituito dal Protocollo n. 16 con la procedura di rinvio pregiudiziale prevista dall'articolo 267 TFUE;

«– è suscettibile di avere effetti sull'articolo 344 TFUE, in quanto non esclude la possibilità che talune controversie tra gli Stati membri o tra gli Stati membri e l'Unione, relative all'applicazione della CEDU nell'ambito di applicazione sostanziale del diritto dell'Unione, vengano portate dinanzi alla Corte EDU;

«– non prevede modalità di funzionamento del meccanismo del convenuto aggiunto e della procedura di previo coinvolgimento della Corte che consentano di preservare le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione, e

«– lede le caratteristiche specifiche del diritto dell'Unione riguardo al controllo giurisdizionale degli atti, delle azioni o delle omissioni dell'Unione in materia di PESC, in quanto af-

fida il controllo giurisdizionale di alcuni di tali atti, azioni od omissioni in via esclusiva ad un organo esterno all'Unione, «non è compatibile con l'articolo 6, paragrafo 2, TUE, né con il Protocollo n. 8 UE».

In generale, ciò che emerge chiaramente al di sopra degli altri profili coinvolti è il timore che il sistema della Convenzione e della sua Corte possa inficiare la specifica autonomia del diritto dell'Unione e della sua Corte.

## Discussione e conclusione. La ricerca di un nuovo paradigma e il ruolo della dottrina

Come è evidente, il parere ha suscitato e continua a suscitare un dibattito molto ampio, che non è necessario qui ripercorrere. Solamente, pare possibile tentare qui, anche a partire da tale pronuncia, una discussione conclusiva sui temi trattati nel lavoro.

Da un lato, è rilevante sottolineare ancora che la coesistenza, in Europa, di due differenti sistemi di tutela dei diritti fondamentali a un livello "oltre-nazionale", in particolare in relazione a quegli Stati che, come l'Italia, sono membri di entrambe le organizzazioni. Ciò conferma come veramente ci si trovi davanti a realtà del tutto significative per lo studio delle dinamiche del diritto di oggi, che, come sempre si ripete, è plurale e multilivello. Per altro verso, poi, il caso europeo non sembra interessante solo come oggetto di uno studio de iure condito, ma anche nella prospettiva del suo sviluppo. Anzi, il citato parere della Corte di giustizia sembra ora proprio sollecitare una riflessione sulle possibilità di futura configurazione dei sistemi europei in tema di diritti umani, avendo di fatto bloccato una maggiore integrazione fra le organizzazioni nella direzione, che pareva intrapresa, di un sistema o "spazio giuridico" unitario.

In questo senso, peraltro, sembra potersi affermare che la pronuncia sollevi dubbi considerevoli<sup>12</sup>. Chiaro è, va precisato

<sup>12</sup> In commento al parere si vedano solo: Lucia S. Rossi, Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra Corti? (22.12.2015, <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1228>); Ilaria Anrò, Il parere 2/13 della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU: questo matrimonio non s'ha da fare? (2.2.2015, <http://www.diritticomparati.it/2015/02/il-parere-213-della-corte-di-gius->

subito, che la preparazione come costituzionalista, e non come giuseuropeista, di chi scrive comporta una prospettiva particolare d'analisi dei temi in parola; inoltre, per le stesse ragioni, non si può esprimere qui un giudizio dettagliato in merito alle argomentazioni tecniche della pronuncia. Tuttavia, se un commento è concesso, la decisione della Corte sembra – si perdoni l'espressione esplicita – abbastanza arrogante e in contraddizione con la stessa ratio che, a partire dalle origini, ispirò l'integrazione fra gli Stati delle Comunità prima e dell'Unione poi.

L'impressione è, in altri termini, la seguente. Da un lato la Corte sviluppa la propria giurisprudenza, nell'arco di decenni, in contrasto con le pretese di sovranità incondizionata degli Stati. Dall'altro però, ora che la rilevanza e forza giuridica dell'UE è abbastanza consolidata, lo stesso giudice la difende come si farebbe per un ordinamento che si pretende sovrano e non accetta intromissioni.

Detto altrimenti, si ripete oggi che il paradigma moderno statalista è da ritenersi superato in ragione delle differenti esperienze di integrazione. La Corte tuttavia, al parlare continuamente dell'«autonomia» e «specificità» del diritto dell'Unione, pare tentare di riciclare quella stessa impostazione, applicandola a se stessa.

In tal senso, però, pare possano percorrersi solo due vie alternative. La prima consiste nel mantenere il paradigma tradizionale con al centro lo Stato. La seconda consiste nell'elaborazione di una nuova impostazione. Per converso, l'applicazione del vecchio modello alle nuove esperienze sembra inadeguata: invero, per quanto mostri, come detto, elementi costituzionali, l'Unione non è al momento uno Stato federale e l'adozione ad essa di categorie tipiche, precisamente, degli Stati nazionali pare un anacronismo – soprattutto nella misura in cui l'Unione medesima nasce e si sviluppa proprio in opposizione a quelle categorie. Se, come si dice, si deve riformare la piramide kelseniana, estenderla

tizia-sulladesione-dellunione-europea-alla-cedu-questo-matrimonio-n.html) e le opere ivi indicate alla nota 2, come Tobias Lock, Oops! We did it again – the CJEU's Opinion on EU Accession to the ECHR (<http://www.verfassungsblog.de/en/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt-der-eu/#.VJPu-2dDpDw>) nonché Steve Peers, The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection (18.12.2015, <http://eulawanalysis.blogspot.it/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html>). Si segnala inoltre il workshop «The EU Fundamental Rights Landscape after Opinion 2/13» tenutosi presso l'Università di Maastricht a giugno 2015.

semplicemente al livello superiore non è sufficiente, occorrendo per contro una impostazione nuova<sup>13</sup>.

In tal senso, un esempio potrebbe essere l'adozione, in Europa per lo meno, di una nuova piramide, non più formale, bensì sostanziale, con all'apice i principi fondamentali comuni e trasversali ai differenti livelli (tale espressione – "livello" – essendo riferita precisamente, parrebbe, alla concezione classica della piramide). Questo, però, non può chiaramente svilupparsi qui<sup>14</sup>.

L'unico punto che, prima di concludere, si potrebbe ancora sottolineare è questo: in un contesto così complesso – nel quale il diritto positivo è mutevole e le pronunce giurisprudenziali oscillanti e in conflitto, risultandone un quadro in continuo divenire ancora lontano dall'assumere una fisionomia stabile – emerge chiaramente il ruolo e la responsabilità della dottrina giuridica, ossia degli studiosi accademici del diritto. In un periodo, nelle parole di Kuhn<sup>15</sup>, di crisi scientifica, di fronte al cedere di un paradigma gli studiosi hanno il compito di tentare di sviluppare una nuova e convincente impostazione. È difatti chiaro che il diritto positivo e la giurisprudenza sono fondamentali, ma una visione globale e di sistema è essenziale, anche come base per il progressivo sviluppo del "diritto in azione"<sup>16</sup>.

Pertanto, le riflessioni e gli scambi d'opinione, anche in ottica comparata e in sguardi internazionali come quello del presente volume, sono fondamentali.

13 Sul destino della piramide kelseniana nel diritto d'oggi si veda Armin von Bogdandy, *Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law* (6 *International Journal of Constitutional Law*, 2008, 397).

14 Si veda, per alcuni spunti, Riccardo Perona, *El normativismo frente al derecho plural y multinivel: apuntes para una redefinición conceptual* (Eduardo Andrés Velandia Canosa (Coordinador), *Derecho procesal constitucional*, Legis-Universidad Santo Tomas, Bogotá, 2015, 415).

15 Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions* (Chicago: University of Chicago Press 1962).

16 Non è del resto un caso se il paradigma finora dominante, prima di essere accettato e riproposto da legislatori e giudici, fu proposto dalla dottrina (kelseniana in primis). Sul ruolo della dottrina nel contesto giuridico contemporaneo si veda Armin von Bogdandy, *Founding Principles of EU Law: A Theoretical and Doctrinal Sketch*, in *European Law Journal*, 6, 2010, 95 (<http://euce.apps01.yorku.ca/wp-content/uploads/2010/10/Founding-Principle-of-EU-Law-Armin-Von-Bogdandy.pdf>).

# LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A TRAVÉS DE LA VÍA INCIDENTAL: EL CASO ITALIANO, CON REFERENCIA A LAS REFORMAS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL REALIZADAS EN ESPAÑA Y EN FRANCIA

Roberto Romboli<sup>1</sup>

1 Università di Pisa, Italia.

## Introducción. El modelo de justicia constitucional aprobado en Italia y la determinación de las vías de acceso al control de las leyes

Al final de la segunda guerra mundial, cuando se decidió introducir en Italia un sistema de control de constitucionalidad de las leyes, al igual que en otros países europeos, la elección fue, como es conocido, a favor de un modelo centralizado.

La diferente tradición concerniente el valor de la ley y la relación entre las elecciones del poder político y las funciones reconocidas al poder judicial aconsejaron, en efecto, instituir un órgano apropiado (la Corte constitucional), totalmente separado de la judicatura y compuesto según criterios funcionales para la garantía de su particular sensibilidad, también política, considerada necesaria en consideración de la delicada tarea de juzgar y poder declarar ilegítimo un acto aprobado por el órgano directamente representativo del censo electoral.

No se decidió, en cambio, reconocer este poder al juez común, de manera difusa. Eso, básicamente, por tres razones:

1) el temor de que la confrontación entre una constitución muy innovadora y la legislación vigente, heredada por el régimen antecedente, podría determinar una excesiva exposición de los jueces;

2) una desconfianza general en la sensibilidad a los nuevos valores constitucionales por parte de los jueces instruidos en razón de principios completamente diferentes;

3) el temor de que la falta de carácter vinculante del precedente judicial (stare decisis) habría podido perjudicar el principio de seguridad jurídica en el caso que una ley fuera considerada en contraste con los principios constitucionales por unos jueces, y no por otros.

Las discusiones de los constituyentes se centraron en los debates cerca las dos diferentes maneras de entender la actividad del futuro Juez constitucional; la primera centrada en el

carácter objetivo que el control de constitucionalidad habría debido tener, aspirando básicamente a la eliminación de las leyes inconstitucionales, y la segunda que entendía la Corte sustancialmente como garantía de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución a los ciudadanos, cuya protección debía ser directa, y no el resultado indirecto de la eliminación de las leyes inconstitucionales.

El reconocimiento a la Corte constitucional de la función de garantía de la constitucionalidad del ordenamiento y/o de la de guardián de los derechos fundamentales habría racionalmente exigido la previsión de específicos cauces de acceso, dirigidos a realizar especialmente una u otra de las sobredichas finalidades.

En Italia el único cauce de acceso previsto resultó esencialmente el juicio en vía incidental, la cual, como lo demuestran también las experiencias de otros países, tiende básicamente a plantear al Juez constitucional una ley en términos de su aplicación práctica y desde la perspectiva de lo que le ocurre al juez para resolver el juicio común (relevancia-prejudicialidad), por tanto, al menos desde un punto de vista teórico, es más apto a lograr la función de protección de los derechos fundamentales, y no la función objetiva de control de constitucionalidad de las leyes.

En efecto, no se aprobó alguna propuesta de acción directa de los ciudadanos, como tales o como representantes de un interés calificado, de las minorías parlamentarias o de un fiscal de la Constitución, y la única hipótesis de recurso directo (la del Estado contra las leyes regionales y de las Regiones contra las leyes del Estado) ha sido utilizada, en la previsión constitucional y en las leyes actuativas como en su aplicación práctica, casi exclusivamente como instrumento del conflicto de competencia entre Estado y regiones.

Así que si es cierto que se rechazó la hipótesis de asignar a los jueces directamente la función de controlar (de manera difusa) las leyes, también es innegable que, al ser el incidental el único acceso general e necesitando eso siempre la decisión de un juez común, el papel que le fue asignado acabó con resultar, más o menos deliberadamente, crucial y de fundamental importancia por el control de las leyes en Italia (modelo concentrado, pero con iniciativa difusa).

Para proceder a través de un resumen necesariamente simplificado, se pueden distinguir en Italia dos fases diferentes de la jurisprudencia constitucional, la primera de las cuales más orientada en sentido "objetivo", como consecuencia de diferentes razones, entre las cuales: el interés principal en eliminar las leyes heredadas del régimen anterior, en claro contraste con los principios constitucionales y luego tener que juzgar las leyes republicanas examinadas a una distancia considerable de tiempo desde el momento de su aprobación (también debido a los retrasos en la decisión de las cuestiones planteadas); la existencia de un poder judicial, organizado de forma jerárquica y no muy sensible a los nuevos valores constitucionales; de ahí la necesidad de una obra de "educación" de la magistratura, teniendo en cuenta el papel fundamental que esta tiene que jugar, tanto en la fase "ascendente" y como en la fase "descendiente" del control de constitucionalidad de las leyes.

Un momento de una importancia decisiva para la transición a una segunda fase está representado por la eliminación de las cuestiones pendientes hecha en los años 1987-1989, que ha determinado las condiciones para una protección más eficaz de los derechos constitucionales a través de la reducción drástica del tiempo de la decisión y, en consecuencia, de un aumento de concreción del juicio y de la atención a los casos específicos presentes ante los juicios de los tribunales ordinarios.

Si esto aparece como el resultado más inmediato y más obvio, lo que en cambio se hará evidente sólo algunos años más tarde, es la realización de una relación diferente entre el Tribunal constitucional y los jueces comunes, también hecho posible por el hecho de que la magistratura en Italia parece muy diferente y ciertamente sensibilizada a los principios constitucionales, ahora penetrados gracias también a la experiencia del juicio de constitucionalidad a través de la vía incidental.

## **La cuestión de inconstitucionalidad planteada a través de la vía incidental. La "fase ascendente": la legitimación para plantear cuestiones de inconstitucionalidad y el papel de las partes en el juicio principal**

La ley (arts. 23, 1º, 2º y 3º apart., ley 11 de marzo de 1953 N° 87) prevé que el juez, bajo expresa instancia de unas de las partes substanciales del juicio o por su propia decisión, debe interponer cuestión en cuanto dude que una determinada disposición de ley pueda ser contraria a la Constitución, siendo habilitado a no hacerlo solo en cuanto que considere que la instancia de la parte sea absolutamente carente de fundamento; es decir que la misma debe parecer "no manifiestamente infundada". Al lado de esta condición la ley pone una otra, según la cual debe tratarse de una disposición que el juez considere necesaria e indispensable para decidir el juicio (o una parte de eso) pendiente frente a ello (esto es, el concepto de "relevancia" de la cuestión de constitucionalidad).

El acto con el cuál el juez se pone en directo contacto con la Corte constitucional es la "ordinanza di rinvio" (auto de planteamiento), con la cual la autoridad judicial debe motivar su juicio positivo sobre la relevancia y la no manifiesta falta de fundamento y debe indicar los tratos característicos de la cuestión, es decir las normas de leyes que se impugnan y los parámetros constitucionales que se suponen violados.

Recordando y subrayando aquellos que considero ser los momentos más significativos del juicio en vía incidental como medio de protección de los derechos, puede ser útil repartir esos mismos en dos grupos según que se refieren a la que podríamos llamar:

a) la "fase ascendente" de la cuestión de constitucionalidad, es decir, los aspectos conectados al planteamiento de la cuestión de constitucionalidad y al juicio constitucional;

b) la "fase descendente", es decir las consecuencias derivadas de las decisiones de la Corte (en italiano "seguito") y la eficacia a las mismas reconocidas.

Con relación a la primera fase, una vez que la Corte constitucional empezó a funcionar, la actitud de la Cassación cerca la posibilidad de plantear frente a esta las cuestiones de inconstitucionalidad fue, en un primer momento, muy tímida; muy pocas son, de hecho, las cuestiones planteadas por esa.

Al opuesto la porción más sensible de la magistratura, representada básicamente da los jueces más jóvenes, empezó gradualmente a considerar la cuestión de constitucionalidad una forma de deshacerse de la sujeción a la ley (cuando sospechaba su inconstitucionalidad) y también de su interpretación dada por la Cassación, favoreciendo así una especie de "alianza" entre la Corte constitucional (interesada a que le fueran planteadas cuestiones de inconstitucionalidad y en consecuencia a ser puesta en la condición de actuar para la constitucionalización del ordenamiento) y una porción de los jueces (la porción más sensible a la concreta realización de los valores constitucionales).

El papel asignado al juez de plantear a la Corte una cuestión de inconstitucionalidad ha hecho que este fue puesto en contacto con los nuevos valores constitucionales, favoreciendo su penetración en la sociedad. Eso inevitablemente tuvo una influencia también en el poder de interpretación del juez y en la forma en que este poder se ha ejercido, colocando el juez en contacto con el pluralismo de los valores expresados en el texto constitucional y ampliando así los poderes interpretativos y el carácter creativo de esta actividad.

La asignación al juez común de esta función en el juicio sobre las leyes contribuyó de manera decisiva a la formación democrática y a la elevación cultural de los jueces, lo que reforzó su posición de independencia, tanto en las relaciones con los otros poderes del Estado, tanto dentro del mismo poder judicial.

En los primeros quince años de actividad, la Corte sostuvo, con el consentimiento casi unánime de la doctrina, una lectura amplia y extensiva de las palabras "juez" y "juicio". Esto con

la finalidad de ampliar el acceso a la justicia constitucional y así decidir el mayor número de cuestiones de constitucionalidad, persiguiendo el interés público a la certeza del derecho y a la actuación de la Constitución, por medio de la eliminación del ordenamiento de las leyes contrarias a la misma.

En los años siguientes, siempre con relación a las cuestiones interpuestas por sujetos que son parte del poder judicial, asistimos a una clara y evidente inversión de tendencia hacia un sentido restrictivo.

Los casos en que se niega al "juez" la legitimación a interponer una cuestión frente a la Corte se hacen más numerosos y la misma introduce un límite (nuevo en su jurisprudencia) a la posibilidad de interponer cuestiones de constitucionalidad, es decir el carácter judicial y no administrativo de las funciones de la autoridad judicial que pone la cuestión, llegando hasta declarar inadmisibles las cuestiones interpuestas por un juez en el ámbito de un procedimiento administrativo y no jurisdiccional.

Las partes sustanciales del procedimiento principal tienen el derecho de constituirse ante la Corte Constitucional para expresar sus puntos de vista sobre las cuestiones de constitucionalidad planteadas por el juez. Esto ocurre en realidad en un número de casos muy bajos, siendo más frecuente que las partes no se constituyan en el proceso constitucional.

El Tribunal constitucional se ha referido siempre, en cuanto al derecho de las partes a participar en el proceso constitucional, sólo a la capacidad formal de estas en el procedimiento principal, fotografiando, con sus vicios e irregularidades, la situación en el momento de la remisión e independientemente de cualquier evaluación y verificación de la existencia de un interés específico de estos mismos sujetos a participar en el proceso constitucional.

La parte puede entonces pacíficamente tomar y apoyar cualquier posición sobre la constitucionalidad de la ley impugnada, también en contraste con lo que se dijo en el juicio a quo y también su contrario a su interés sustancial apoyado en el mismo juicio y además puede mantenerse frente el Tribunal constitucional y contribuir a la solución de la cuestión de constitucionalidad, incluso cuando la acción principal se haya agotado o extinguido

y con ella haya desaparecido todo interés material directo de la parte de ese proceso.

Por esta razón, la presencia de las partes ante el Tribunal Constitucional parece justificarse tanto en la protección de los mismos intereses para los que estas estaban presentes en el juicio principal, como en el interés general de la constitucionalidad de la ley.

Estos sujetos sufren directamente las consecuencias de la aplicación de la ley cuya constitucionalidad es dudosa y, por tanto, son las personas más adecuadas para informar a la Corte de datos y de elementos de la experiencia real.

En cuanto a la posibilidad de la participación de personas que no sean las partes (“terceros”) en un primero momento la doctrina del TC fue en el sentido de la exclusión absoluta, mientras que, más recientemente, esta presencia se consideró como admisible, aunque especificando cómo no puede considerarse suficiente para legitimar el derecho de intervención en el proceso constitucional la presencia de un interés general, común a todos los destinatarios potenciales de la ley impugnada, sino que “debe demostrarse una relación directa e individualizada, reconocible, en el caso de personas que no sean las partes, cuando el resultado del juicio de constitucionalidad tiene la posibilidad de afectar directamente a una posición jurídica substancial del sujeto”.

## **La “fase descendiente”: las sentencias manipuladoras, las sentencias “que cuestan” y las denominadas decisiones que añaden principios**

Por lo que concierne la llamada “fase descendiente”, sobre todo vale la pena mencionar la creación por parte del Tribunal Constitucional de una serie de herramientas que permitan decisiones que logran los mejores resultados posibles para la protección de los derechos fundamentales en relación con el momento político-institucional específico, con cuidado de no invadir la esfera de la discreción del legislador.

En cuanto a las decisiones estimatorias, un particular tipo de decisión es representado por aquellas llamadas “manipulativa” (“manipulativas”).

Esta palabra quiere decir que con esas decisiones la Corte lleva a cabo una modificación e integración de las disposiciones puestas bajo su control, así que éstas salgan del juicio de constitucionalidad con un significado normativo y un contenido diferente de aquel originario.

En algunas antiguas ocasiones, estas decisiones han suscitado unas resistencias por parte de los jueces, los cuales si por un lado reconocían la eficacia y la fuerza de la parte ablativa de la sentencia de la Corte, por otro lado se negaban a seguir la parte “reconstructiva”, considerándola como una ilícita exorbitancia respecto a las funciones que la Constitución y la ley atribuyen a la Corte constitucional.

Al día de hoy, de todos modos, puede decirse pacífico el reconocimiento del valor de esas decisiones por parte de los jueces, puesto que las mismas encuentran aplicación en la misma manera que los otros actos normativos de los órganos políticos.

Entre las sentencias manipulativas, merece destacar el caso de las decisiones de inconstitucionalidad a través de las cuales el Tribunal Constitucional puede influir, incluso en manera muy relevante, en los presupuestos del Estado, ya que la aplicación de las sentencias determina la necesidad de pagar sumas de dinero inesperadas en el presupuesto estatal.

En la Constitución italiana una disposición (art. 81) prevé, para el legislador, la obligación, cuando se produce un nuevo gasto, de indicar los medios para satisfacerlo, esto ha planteado la cuestión de si dicha disposición debe aplicarse también al Tribunal Constitucional, siendo para algunos paradójico que algo prohibido al parlamento, pudiese hacerse por un sujeto no representativo del cuerpo electoral, cual es el TC.

La conclusión generalmente aceptada, fue en el sentido de que, al ser un “juez”, la obligación de indicar los medios para satisfacer los gastos no puede ser reclamada por las sentencias del Tribunal, que tiene el cargo de proteger los derechos fundamentales contra las leyes inconstitucionales.

El “coste” de los juicios no puede y no debe ser un límite a la actividad de la protección de los derechos ejercida por la Corte.

El problema sin embargo surge en términos muy evidentes, sobre todo en los últimos años que se caracterizan por la existencia de una grave crisis económica, cosa que a menudo ha llevado el TC a ser más cauto y también a modificar los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad.

Por ejemplo a principios de este año (Sentencia N° 10 de 2015), el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional un impuesto que el Estado había previsto contra las compañías petroleras, pero consideró que tal decisión sólo se aplicaría en el futuro y no para el caso en que la cuestión se había planteado, ni en los juicios pendientes de resolución. De esta manera se establece una clara excepción respecto a la eficacia normal en el tiempo de las declaraciones de inconstitucionalidad.

También durante este año (Sentencia N° 70 de 2015), el TC declaró la inconstitucionalidad de una ley que había bloqueado la revalorización de las pensiones más altas que una cantidad determinada, produciendo un gasto de 15 mil millones para el Estado y proponiendo de nuevo el problema de “las sentencias que cuestan”.

Merece consideración el uso de las llamadas sentencias “aditive di principio” (que añaden un principio), que persiguen a la finalidad de respetar la discrecionalidad del legislador, en cuanto su intervención se considere indispensable y no reemplazable, sin dejar de ejercer, en caso de inercia del Parlamento, la propia tarea de garantizar la legitimidad constitucional de las leyes.

Por medio de estas decisiones, la Corte sigue la misma técnica de las sentencias manipulativas, con la diferencia que en este caso no se introduce una regla inmediatamente aplicable, sino que solamente un principio. Este debe ser actuado por el trámite de una acción del legislador, pero puede ya, dentro de ciertos límites, representar una referencia para el juez en la decisión de casos concretos.

## **Sigue: las sentencias desestimatorias interpretativas, la invitación (y luego la obligación) dirigida al juez de seguir la así llamada interpretación conforme y la resultante “crisis” del juicio en vía incidental**

Finalmente una reflexión más profunda merecen las así llamadas sentencias interpretativas y la consecuente evolución de las mismas, con especial atención a la así llamada interpretación conforme de la que hablaré enseguida.

La premisa de este tipo de decisiones se halla en la fundamental elección, realizada por la Corte en sus primeros pronunciamientos, en el sentido de reconocer a sí misma la posibilidad de interpretar y de reinterpretar la disposición impugnada y de concluir en el sentido de la falta de fundamentación, a condición que se siga una bien determinada interpretación. Por tanto se supera la posible distinción entre el nivel de la legalidad y el nivel de la constitucionalidad (a la Corte corresponde la interpretación de la Constitución, a los jueces la de la ley) para “crearse” de hecho la tipología de las sentencias interpretativas desestimatorias.

Las sentencias interpretativas de rechazo serán de decisiva importancia para la garantía de los derechos fundamentales, ya que, por un lado, se evita crear vacíos normativos –como sucedería tras una sentencia de inconstitucionalidad– y por el otro el TC intenta imponer sus interpretaciones orientadas constitucionalmente a un poder judicial que se formó durante el régimen anterior y por lo tanto no era aun muy sensible a los nuevos principios constitucionales.

De este modo se planteaba el problema relativo a las modos a través de los cuales reconocer eficacia a las interpretaciones sugeridas por la Corte; problema que llegará a una solución compartida en la tesis que prevé la obligación, para el juez que no quiera conformarse a la interpretación indicada, de plantear de nuevo la cuestión de inconstitucionalidad.

En una primera fase la Corte de casación sostuvo que no estaba obligada a conformarse a la interpretación de la ley indicada por la Corte constitucional, así produciendo una situación de conflicto que se recuerda como la "guerra entre las dos Cortes".

Esta situación se superará por medio de la referencia y la valorización del "derecho vivo" por parte del Juez constitucional, comprometiéndose a fundamentar el juicio de constitucionalidad en la disposición impugnada en su significado atribuido por la jurisprudencia consolidada o predominante y, por lo tanto, en buena medida por la jurisprudencia de la Corte de casación.

En el caso en que pueda considerarse fundado un derecho vivo, el juez tendrá la posibilidad de elegir entre seguir una propia interpretación que se aparte del derecho vivo que estima inconstitucional o bien impugnar este último ante la Corte constitucional que, en decidir el asunto, podrá estimar el derecho vivo no contrario a la Constitución (y por lo tanto confirmándolo) o bien declararlo inconstitucional, pero sin plantear propias interpretaciones alternativas. Estas últimas por contrario serán posibles en falta de un derecho vivo o en un caso en el cual el derecho vivo no pueda considerarse formado; de este modo la Corte, con sus propias interpretaciones, acaba colaborando a la formación del derecho vivo.

Los años Noventa se caracterizan, gracias también a la eliminación de la sobrecarga acumulada, por un notable crecimiento del juicio constitucional, también expresado por medio de la invitación, siempre más urgente, dirigida a los jueces para que utilicen sus poderes interpretativos y, en la elección entre distintas lecturas posibles de una disposición, sigan aquella conforme a los principios constitucionales, así evitando de plantear a la Corte una cuestión de inconstitucionalidad si la duda puede superarse por medio de una interpretación adecuada. Esto en la idea que determinados resultados, para una mayor protección de los derechos fundamentales, puedan conseguirse mejor a través la actividad de interpretación del juez, limitada en sus efectos al asunto decidido, que no por medio de un pronunciamiento de inconstitucionalidad con efectos erga omnes.

Un evidente favor hacia la interpretación adecuada se puede además encontrar en el principio, por primera vez afirma-

do en la cent. 356/1996, según el cual una ley debe declararse inconstitucional no porque se puede interpretar de manera inconstitucional, sino porque es imposible interpretarla de manera constitucional.

La Corte, a partir de 1998, pide al juez, a pena de manifiesta inadmisibilidad, dar prueba de haber buscado y privilegiado las posibles hipótesis interpretativas que permitan adecuar la disposición de ley a los parámetros mencionados en apoyo a la duda de inconstitucionalidad.

En los últimos años los juicios en vía incidental por cierto se reducen drásticamente y entonces se habla de "crisis del juicio incidental".

Basta con decir que en sólo diez años el porcentaje de resoluciones dictadas en el contexto de la vía incidental fue del 85% en 2002 y en 2013 del 44% con respecto al total de las decisiones, reduciendo así la misma casi a la mitad.

Sin dudas esta circunstancia tiene que hacernos reflexionar sobre todo si tenemos bien presente que en el modelo de justicia constitucional en Italia la cuestión siempre ha sido la única herramienta para la protección de los derechos constitucionales frente la ley.

Las razones de la disminución de las cuestiones de constitucionalidad planteadas en vía incidental son muy variadas, desde lo que podría considerarse fisiológico del modelo de justicia constitucional previsto en la Constitución y en las leyes de aplicación y luego realizada en Italia. Después de medio siglo de jurisprudencia constitucional, inevitablemente muchas son las interpretaciones que se pueden considerar ya establecidas y al que el juez común puede referirse sin tener que ir al TC.

A tal efecto ha contribuido obviamente mucho la posición ya mencionada adoptada por el Tribunal Constitucional desde finales de los años noventa del siglo pasado, en el sentido de exigir que el juez, bajo pena de inadmisibilidad, deba demostrar que la cuestión de constitucionalidad avanzada no podría superarse a través del uso de las facultades interpretativas que la ley reconoce a los jueces. Es la llamada interpretación conforme, según la cual, en presencia de una pluralidad de interpretaciones, el

juez debe seguir aquella que sea más conforme con los principios constitucionales, evitando así de proponer una cuestión de constitucionalidad, con el fin de hacer prevalecer una interpretación sobre la otra.

## **El nivel de protección de los derechos fundamentales a través del juicio en vía incidental, la inercia del legislador y su impacto en la protección de los derechos que tienen su fundamentación en la constitución y de los derechos que sin embargo tienen su origen en la ley y la existencia de “zonas francas” en el control de constitucionalidad.**

Querría ahora hacer algunas consideraciones en orden al grado de tutela reconocido en el nuestro país a los derechos fundamentales, también en relación a las propuestas que muchas veces, también en los últimos años, se han avanzado de introducir también en el sistema italiano el instrumento del recurso directo individual, según las formas y las modalidades muy parecidas a aquellas que se encuentran en España por el “amparo constitucional”.

La experiencia en estos años sobre el control de las leyes, caracterizado en el camino “normal” y no en el incidental, ha conseguido en el tiempo y tiene todavía un juicio muy positivo en el pensamiento de la doctrina y de los juristas, así que la Corte ha podido desarrollar en manera apreciada desde todo el mundo su dúplice función de verificar el respecto de la constitucionalidad de las leyes, y de tutelar los derechos fundamentales que la Constitución garantiza.

Una evaluación su cómo concretamente se ha venido realizando el control incidental sobre las leyes en Italia y sobre la naturaleza que ha asumido el modelo “vigente” de justicia constitucional, de hecho enseña sin duda alguna como la Corte ha

asumido, en estrecha cooperación y correlación con el juez ordinario, siempre más el rol de juez de los derechos y siempre menos lo de juez de las normas; y además ha puesto en evidencia como no se pueda desconocer que la efectiva consistencia de los derechos fundamentales, y en modo particular la determinación de los límites a los cuales los mismos derechos fundamentales son sujetos, es sin dudas consecuencia de las obras de la jurisprudencia constitucional, dado que los argumentos sobre los cuales se ha pronunciado con más éxito la Corte es justo el concretar los valores constitucionales de los derechos de lo que hemos dicho antes.

En particular ha sido correctamente puesto en evidencia como el instrumento incidental se haya demostrado adecuado a realizar en concreto la tutela de los derechos fundamentales desde el punto de vista jurídico: de hecho “si por cada derecho (de tipo substancial) hay un juez y un juicio en el cual este derecho puede ser tutelado; si cualquier juez puede empezar en cualquier juicio el control de la Corte sobre la eventual indebida limitación de un derecho fundamental a obra de una ley, de un derecho substancial o procesal, en consigue que, en sentido lógico, el sistema de las garantías de estos derechos no deja ninguna laguna”.

El nivel de protección de los derechos tiene dos momentos críticos, diferentes en las razones y en relación a los sujetos a los que se dirigen, pero idénticos en el hecho de tener como consecuencia la consecución de una protección débil o ausente con respecto a los derechos reclamados por el interesado.

El primer punto crítico lo encontramos cuando el legislador no interviene para reconocer y regular a través de una ley un derecho específico, que también puede encontrar base directa en la Constitución, mientras que el segundo proviene de aquellos que habitualmente se llaman “zonas francas” o “zonas grises” de la justicia constitucional que, por diferentes razones, impiden una protección adecuada.

En cuanto a la primera, en TC y también los jueces ordinarios ha señalado en varias ocasiones la necesidad de una intervención legislativa, respectivamente a través del instrumento de las advertencias más o menos explícitas o de decisiones del juez común

sobre casos específicos que conducen a destacar la necesidad de una regulación por parte del legislador.

Por otro lado también es claro que no se puede obligar al legislador a actuar, no siendo sancionada expresamente la omisión legislativa, también porque la decisión de no intervenir puede representar una elección deliberada a través de la cual los actores políticos muestran de aceptar que la regulación del caso, al menos por el momento, se haya llevado a cabo a través de las sentencias del juez, es decir a través del derecho jurisprudencial.

Cuando el legislador considere no conveniente intervenir, debe distinguirse en función de si se considera que la disciplina del derecho en cuestión tiene un fundamento en la Constitución o sin embargo en un texto con rango de ley.

En el primer caso, no parece posible reconocer al legislador, es decir, a la mayoría parlamentaria, la posibilidad de excluir en la práctica, con su inercia, la existencia de un derecho constitucional.

La doctrina del TC en estas circunstancias, instó el juez a buscar una solución y garantizar la protección de los derechos fundamentales que se refieren directamente a los principios constitucionales. Leemos en estas sentencias que "el juez, mediante el pleno ejercicio de las facultades de interpretación de la ley, debe resolver, de conformidad con la Constitución, el problema que el vacío de una ley determina para el caso " (sentencia n. 11/1998) o que "dada la actual falta de legislación, los jueces deben encontrar una interpretación capaz de asegurar la protección de los derechos que tienen su fundamento en la Constitución " (sentencia n. 347/1998).

El segundo caso se refiere a aquella hipótesis en las que la Constitución "permite" una cierta solución, pero no la "impone", dejando la creación de un derecho específico a la elección política de la mayoría parlamentaria, que evaluará la evolución de los resultados de la ciencia médica, las costumbres, la conciencia social, etc.

Por lo tanto, es posible que, en diferentes momentos pero también bastante cerca uno del otro, una determinada elección en sentido negativo acerca la previsión de un derecho específico no sea en contradicción con los principios constitucionales y que

no lo sea tampoco una opción que, por lo contrario, reconoce y garantiza el mismo derecho.

En este segundo caso, es claro que necesariamente la intervención del Juez constitucional y de los jueces debe ser más cautelosa y tener una actitud prudente, mientras que en el caso en que la Constitución "impone" (y no sólo "permite") la realización de un derecho, la posición del TC y de los jueces ordinarios debe ser más decisiva y conducir a la declaración de inconstitucionalidad de la disciplina "en la medida que no proporciona una tutela efectiva" así como, siempre que sea posible, la aplicación directa de la Constitución.

La segunda razón de criticidad está representada, como ya he mencionado, por la llamada zonas francas de la justicia constitucional.

La dificultad de presentar una ley al control de constitucionalidad de la Corte puede derivar de diferentes razones, que pueden ser individuadas en: a) la naturaleza y el contenido del acto en cuestión (por ejemplo leyes constitucionales, tratados internacionales, fuentes comunitarias derivadas, leyes-proveimiento, leyes de organización, leyes de gasto); b) la particularidad de la eficacia en el tiempo de la fuente (por ejemplo leyes de carácter provisional, decretos leyes); c) la falta de un juez competente a conocer de la cuestión en particular, debido al considerar prevaeciente diferentes y superiores valores constitucionales (por ejemplo las leyes electorales por la Camera y el Senado, por la reserva de juicio a las Cámaras, según cuanto escrito en el artículo 66 de la Constitución Italiana, la posición del tercero en seguida a la aplicación de la inmunidad por las opiniones expresas en el ejercicio de las funciones parlamentarias o por actos hechos por las cuatros altas cargas del Estado); d) las condiciones y los límites contenidos en las leyes o en la jurisprudencia constitucional por la instauración del juicio incidental sobre las leyes ( como por ejemplo la relevancia, las elecciones indiscutible y discrecionales del legislador, las situaciones patológicas o meramente de hechos).

## La hipótesis de la introducción de un recurso individual directo en Italia

También con la finalidad de resolver las situaciones de “zonas de sombras” dichas antes, muchas veces se ha invocado una ampliación de las posibilidades de acceso al Juez constitucional y en modo particular, como ya he dicho, la introducción de un recurso directo individual: se vuelve así a poner la atención sobre las experiencias de otros sistemas de justicia constitucional, muchas veces similares al nuestro italiano, y en particular al sistema de *verfassunbeschwerde* alemana y de amparo español.

La necesidad de un recurso directo individual parece demostrarse, sobre todo en los últimos años, en el uso indebido del instrumento del conflicto de competencia entre los poderes del Estado, utilizado por los individuos o grupos con el objetivo evidente de reaccionar frente a leyes o sentencias consideradas en violación de sus derechos.

Esto ha ocurrido con respecto a la materia electoral y, específicamente, a la disciplina de los votos de los ciudadanos en el extranjero, el voto preferencial en las elecciones generales, los criterios para la concesión del “*premio di maggioranza*”, de los recursos en relación con la fase prodrómica de las elecciones parlamentarias, de “*la soglia di sbarramento*” para las elecciones del Parlamento europeo, del derecho constitucional de petición.

En todos estos casos, en referencia a la disposición de la ley y a su propia jurisprudencia, el TC declaró inadmisibles fácilmente los recursos por falta de las condiciones requeridas para los conflictos entre los poderes del Estado, por el hecho, en efecto, que los ciudadanos recurrentes no podían calificarse como “poder del Estado”.

Recientemente ha habido un caso en cierto modo comparable a un recurso directo, pero hecho de una manera y con muy diferentes formas, es decir, utilizando el juicio en vía incidental y forzando los límites hasta el momento firmes, de su planteamiento.

Me refiero a la ley electoral de la Cámara de Diputados y del Senado de la República, aprobada en 2005 por la mayoría de

centro-derecha que se consideró casi unánimemente contraria a los principios constitucionales.

Durante un juicio en el que un ciudadano, que había participado en las elecciones generales de 2006 y 2008, se quejaba que de que le había vulnerado su derecho al voto, debido a la aplicación de una ley electoral inconstitucional, la Corte Suprema ha planteado la cuestión de constitucionalidad de la misma ley, a pesar de las muchas dudas que podían derivar de la falta de los requisitos de “*rilevanza*” y de “*pregiudizialità*”, ya que la declaración de inconstitucionalidad apareció como el único motivo del recurso.

El Tribunal Supremo consideró que no admitir la posibilidad de proteger un derecho fundamental es contrario al principio de eficacia de la protección de los derechos.

La reconstrucción de la corte de casación brevemente resumida fue vista como una especie de recurso directo introducido por decisión judicial, en el caso en el que un ciudadano se queja de la violación de un derecho fundamental por una ley estatal.

El Tribunal Constitucional ha considerado admisible la cuestión planteada por el Tribunal Supremo y deben de recalcar los motivos por los que la Corte abre a un posible acceso que no tiene base en ninguna disposición de la ley.

La admisibilidad de la cuestión de constitucionalidad en vía incidental está fundada en

la peculiaridad y la importancia constitucional del derecho inviolable a votar, afectado (...) por la legislación electoral no respetuosa de los principios constitucionales. La necesidad de garantizar el principio de constitucionalidad convierte así en indispensable la competencia del TC a pronunciarse en este caso.

Con respecto a las experiencias alemana y española, me limito a mencionar como en los dos casos se ha asistido a una evolución muy parecida – sin olvidar las múltiples diversidades de cada una de estas experiencias –. En particular me refiero a la multitud de recursos interpuestos, tan grande que ha llevado a gravar en el tempestivo cumplimiento de todas las otras funciones que competen al juez constitucional; a la concentración de los

recursos mismos sobre la presunta violación de algunas específicas disposición constitucional (sobre todo el derecho de defensa y las violaciones procesales); a la desproporción entre los recursos presentados y aquellos realmente examinados en el mérito, en consecuencia de una selección preventiva de admisibilidad que ha llevado a excluir más del noventa por cien de los mismos recursos; a la exagerada durada de los juicios.

Todo eso ha llevado en las dos experiencia dichas antes a algunas modificaciones legislativas sucesivas, que desdichadamente no has resuelto el problema, y que habían intentado crear filtros siempre más estrechos y condiciones de admisibilidad que habían llevado a una modificación substancial del instituto, que antes tenía sin dudas naturaleza subjetiva y que después tal modificaciones ha mutado en instrumento con características y funciones de tipo objetivo.

## La experiencia española y la reforma de 2007

En 2007, en España se aprobó una importante reforma con respecto a la utilización del recurso de amparo. La reforma incide fundamentalmente sobre la admisibilidad, a través de la inserción en particular de un nuevo requisito no previsto en la legislación anterior: la “especial trascendencia constitucional”, especificando que esta debe ser evaluada sobre la base de tres elementos: a) su importancia para la interpretación de la Constitución; b) para su aplicación o su general eficacia; c) para determinar el contenido y alcance de los derechos fundamentales.

La doctrina española ha insistido en que la eficacia de la reforma estaba esencialmente en las manos del TC y, en particular, que habría sido crucial la interpretación de la expresión “especial trascendencia constitucional” que, obviamente, no se define en la reforma a pesar de las tres especificaciones contenidas en la ley.

La Corte tuvo la oportunidad de proceder gradualmente, a través de la resolución de los casos que se presentaron, indican-

do cada vez las hipótesis que caen en la definición de “especial trascendencia constitucional”, dejando a sí misma un margen de discrecionalidad, también en vista de las características del caso específico. El TC mismo ha decidido aplicarse una autolimitación de sus facultades discrecionales, produciendo una verdadera lista de casos que deben considerarse como “especial trascendencia constitucional”, con claro beneficio para la seguridad jurídica y la transparencia del Juez constitucional.

El Tribunal Constitucional – después de especificar que el catálogo no debe considerarse como finalmente cerrado, dada la naturaleza dinámica del derecho constitucional, que puede implicar más una actualización de la misma o la eliminación de un caso, como la inclusión de otros que ahora no se consideran– de hecho procedió a indicar siete motivos de “especial trascendencia constitucional”, identificándolos en estos casos:

a) la supuesta violación se refiere a un problema o un asunto relacionado con un derecho fundamental, para el que no hay jurisprudencia constitucional;

b) el recurso ofrece al TC la oportunidad de cambiar su jurisprudencia, como resultado de la reflexión interna o de nuevas realidades sociales, de modificaciones de la ley o de la interpretación de los tratados o convenios internacionales;

c) la supuesta violación de un derecho fundamental se hace derivar directamente de una ley u de otra disposición de carácter general;

d) donde hay una interpretación consolidada de la ley, que es considerada por el TC contraria a la Constitución, considerando necesaria una interpretación diferente y conforme a la misma;

e) la supuesta violación de un derecho fundamental se hace derivar del hecho de que la interpretación del TC no se sigue de manera uniforme por los jueces o existen decisiones conflictivas, debido a que es seguida por una interpretación diferente de la indicada por el TC;

f) la supuesta violación de un derecho fundamental se hace derivar del hecho de que el juez ha fallado manifiestamente su deber de seguir la interpretación dada por el TC;

g) la cuestión planteada, más allá del caso concreto, plantea una cuestión jurídica de relevancia social o económica o política general, que puede presentarse, especialmente, pero no exclusivamente, con referencia a ciertos amparos electorales o parlamentarios.

El sistema italiano de acceso utilizando la modalidad incidental y las experiencias que utilizan el sistema del recurso directo individual de las cuales hemos hablado antes, también si empiezan desde presupuestos diferentes, llegan al final a una manera de operar muy parecida por lo que atañe a la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos. De hecho en el juicio incidental el control operado desde la Corte italiana, también si tiene como objeto la conformidad de una ley a la Constitución, siempre se ha realizado poniendo la atención a lo concreto del caso que tiene que ser analizado y a las consecuencias prácticas de la aplicación de la ley impugnada. A lo contrario el recurso directo se ha venido a constituir un medio que puede garantizar solo una ocasional y muchas veces no pronta tutela el recurrente, acordada además no en una perspectiva de tutela subjetiva, y en concreto la gravedad de la lesión que el recurrente ha sufrido, si no en una perspectiva de tutela objetiva en la cual la mayor o menor idoneidad del caso concreto constituye un simple pretexto para la resolución de cuestiones de interés general.

## La experiencia francesa y la reforma constitucional de 2008

Incluso la gran reforma aprobada en Francia en 2008, con el objetivo explícito de aumentar las garantías de los derechos fundamentales de los ciudadanos en caso de una supuesta violación resultante de los actos legislativos, demuestra la valoración muy positiva hacia la vía incidental.

La cuestión de constitucionalidad puede ser planteada ante el Conseil constitutionnel a través de un doble filtro de los jueces, el primero por el tribunal de primer o segundo grado que

presentan la misma ante la Casación o el Consejo de Estado, que ejercen un segundo filtro de este tipo, tras lo cual el asunto llega al Juez constitucional.

Los elementos que caracterizan la nueva disciplina de la vía incidental en el sentido subjetivo pueden identificarse brevemente como sigue:

a) la cuestión tiene como objeto sólo vicios que se relacionan con la violación de "los derechos y libertades garantizados por la Constitución" y por lo tanto no hay otros posibles vicios de inconstitucionalidad;

b) la cuestión puede plantearse únicamente a petición de la parte y no por lo tanto por el juez de oficio (incluso el Tribunal Supremo o el Consejo de Estado), que, por eso, aun cuando tiene dudas en orden a la constitucionalidad de una ley que se vea obligado a aplicar, no puede plantear la cuestión frente al Conseil en ausencia de una petición explícita de una de las partes (o por parte del fiscal);

c) la presencia de plazos obligatorios para la decisión de la Corte de casación y del Consejo de Estado (de tres meses, después de lo cual todavía se enviará la cuestión a examen del Conseil);

d) la previsión de toda una serie de supuestos, en los cuales no se produce el efecto suspensivo conectado al planteamiento de la cuestión. Ellos muestran que en la alternativa entre la protección de los derechos invocados en los juicios comunes, que podrían ser afectados para el efecto suspensivo, y el riesgo de la aplicación de una ley que podría ser inconstitucional, se prefiere dar la prevalencia a la primera;

e) el papel de las partes en el juicio principal, tanto en la transmisión, de sus conclusiones, tanto en la posibilidad de estar presentes en la audiencia ante el Conseil constitutionnel.

En contra dos previsiones parecen marcar un punto a favor de la naturaleza objetiva del juicio constitucional, y es decir, la predicción de que la extinción, por cualquier razón, del proceso principal no lleva a efecto para el juicio constitucional, así como, en manera más relevante, la disposición que reconoce al Conseil

constitutionnel el poder para modular en el tiempo, retrasándolos, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad (art. 62 Const.).

Se habla de la reforma como de una "italianización" de la justicia constitucional francés, subrayando cómo esa conduce a una superación del control abstracto entre dos actos normativos generales (la ley y la Constitución) a través la valoración de los "hechos", es decir, de los casos específicos y la transición a un sistema ternario (ley-hecho-constitución) y el cambio para el juez de la manera de leer la ley y después de crear el derecho.

## **Conclusiones. La preocupación acerca de una desestructuración del modelo italiano actual y la hipótesis de un procedimiento especial para la protección de los derechos constitucionales**

Una evaluación en orden a la posibilidad hoy de reconocer en Italia el derecho del individuo a recurrir directamente a la Corte no puede prescindir de una reflexión sobre las finalidades que se quiere obtener con la introducción de tal recurso. Si lo que se quiere es superar aquellas "zonas de sombras" dejadas del sistema incidental de las que hemos hablado antes, o si se quiere introducir una especie de cuarto grado de juicio que sirva a la Corte para pronunciarse en última instancia sobre las sentencias de los jueces.

De hecho el valor simbólico que el recurso directo podría asumir por la toma de conciencia del significado y del valor de los derechos fundamentales tutelados, y además el rol del mismo a la finalidad de una difusión a nivel social de los valores constitucionales, parecen referirse al momento en el cual la Constitución entra en vigor; sin embargo parecen perder mucho de su significado después casi sesenta años de vigencia y cincuenta de justicia constitucional, la cual creíamos que haya contribuido sin dudas a la realización de las finalidades de las cuales hemos hablado antes.

Con respecto a un recurso directo ante el TC que tiene como objeto específicamente las sentencias de los jueces comunes por supuesta violación de los derechos fundamentales, es evidente, incluso sobre la base de las experiencias de otros países, la casi segura transformación del recurso en un otro grado de juicio.

En este sentido, podríamos preguntarnos, en el futuro, si puede considerarse de verdad garantía de una mejor protección de los derechos fundamentales, la previsión de un recurso directo ante el Juez Constitucional frente a un recurso de apelación ante el poder judicial, lo que sin duda puede considerarse expuestos a los riesgos de la fragmentación y la inhomogeneidad consistencia de protección debido a la naturaleza "difusa" del poder judicial, pero al mismo tiempo parece ser menos controlable por el poder político. Es o sería sin dudas más fácil en otras palabras, a través por ejemplo de una modificación formal o sustancial de la manera de elección de los jueces constitucionales, "politizar" en una cierta dirección las actividades del TC, que hacer lo mismo con respecto a un poder judicial, justo en cuanto es expresión de un "poder difuso".

La innegable existencia de "zonas de sombra" que el sistema de justicia constitucional italiano ha mostrado en más de cincuenta años en la tutela de los derechos fundamentales, y además la posibilidad de no encontrar un juez sensible a las dudas de constitucionalidad que pueden presentar las partes en un juicio, impone una reflexión sobre la indicación de los posibles remedios y novedades con la finalidad de superar o reducir las zonas de sombra que se han manifestado en estos años.

Pienso que se pueda afirmar que el sistema italiano actual haya sin dudas conseguido llegar a un buen nivel, por el que parece necesario solo pensar a algunas modificaciones del mismo, con la finalidad de un mejoramiento, y no intentar cambios radicales en su estructura.

El sistema actual tiene su elemento central en los jueces ordinarios, verdaderos garantes de las situaciones subjetivas y de los derechos constitucionales en el nuestro país, por el cual mejorar el mismo no puede que llevar al refuerzo de la autonomía, de

la independencia y de la imparcialidad del juez, y a garantizar una mayor eficiencia del sistema judicial.

En este sentido podemos pensar a un procedimiento especial, que pueda parecer al amparo judicial español, para la tutela de los derechos constitucional, es decir un procedimiento más rápido y sencillo con el que poder presentar al juez ordinario la violación de los derechos dichos antes; a este juez podría ser reconocido el poder de conceder una tutela cautelar inmediata, con la finalidad de ver producirse daños irreparables.

En el ámbito del adecuado juicio el juez, si recorren los presupuestos, tendría la posibilidad de presentar a la Corte Constitucional la cuestión de constitucionalidad de la ley o del acto con fuerza de ley que se considera en posible contraste con el derecho constitucional del caso. Es posible también pensar a la ulterior posibilidad, por el sujeto que no ha encontrado en los varios grados de juicio un juez dispuesto a presentar tal cuestión, de presentar recurso directamente a la Corte Constitucional; o a lo mejor podría ser previsto una obligación por el juez de última instancia de presentar la cuestión de constitucionalidad que le han propuesto, reconociendo así a este juez solo el juicio sobre la relevancia de la cuestión y no el juicio sobre la no manifiesta falta de fundamento.

Se trataría en estos casos de un recurso que tiene ad objeto el contraste entre una ley o un acto con fuerza de ley y la Constitución, y no la sentencia del juez o la denuncia de una violación de este del derecho fundamental (cosa que transformaría la Corte en un juez de ulterior grado).

A través de la remisión de la cuestión de constitucionalidad a la Corte esta se pone en la posibilidad de seguir en la línea emprendida en los últimos años de valorización de la aportación del juez y entonces de la obra de colaboración del mismo, reforzando el rol de la Corte Constitucional como la de un sujeto que fija los principios generales y decide la "política" de los derechos fundamentales y los límites de ellos, dejando a los jueces ordinarios la aplicación concreta de aquellos principios.

