OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI

El derecho procesal constitucional y los derechos humanos

(Vínculos y autonomías)

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS HUMANOS
(Vínculos y autonomías)

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie G: Estudios Doctrinales, Núm. 177

Edición al cuidado de María Bono López
Formación en computadora: Roberto Jiménez Torres

OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL
Y LOS
DERECHOS HUMANOS
(Vínculos y autonomías)

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 1995

Primera edición: 1995

DR © 1995. Universidad Nacional Autónoma de México
Ciudad Universitaria, 04510, México, D. F.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Impreso y hecho en México

ISBN 968-36-4679-4

ÍNDICE

Introducción 7

PARTE PRIMERA
DERECHOS HUMANOS

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA CONSTITUCIÓN

1. Aproximación histórica al desarrollo, fomento y protección de los derechos humanos 13
2. Noción 15
3. Los derechos humanos como valores 16
4. Categoría jurídica de los derechos humanos 17
5. Vigencia sociológica de los derechos humanos 20
6. Los derechos humanos frente a "su circunstancia" 23
7. Los derechos humanos como "imagen" 24
8. Incorporación de los derechos humanos al derecho interno 25
9. La obligatoriedad de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos 28
10. La interpretación judicial de los derechos humanos 31
11. La significativa incidencia de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados 33

CAPÍTULO II

DIFICULTADES PROCESALES EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

12. Aclaraciones preliminares 35
13. Mecanismos procesales de asistencia 36
14. Principales derechos humanos "procesales" o garantías 37
15. La independencia e imparcialidad del órgano interviniente 40

16. Agotamiento de los recursos internos 41
17. Legitimación procesal 49
18. La admisión de denuncias 56
19. La prueba y su valoración en los procesos de denuncia por violación de derechos humanos 63
20. Las decisiones jurisdiccionales y su obligatoriedad 66

CAPÍTULO III

CONCLUSIONES

21. Síntesis final 69

PARTE SEGUNDA

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES

22. Introducción 77
23. Origen del derecho procesal constitucional 80
24. Estructura del derecho procesal constitucional 84
25. La codificación de las garantías fundamentales 88

CAPÍTULO II

LA JURISDICCIÓN EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

26. Concepto de jurisdicción constitucional 91
27. Sistemas para el control de la constitucionalidad de las leyes 95
28. Formas de control 102

CAPÍTULO III

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

29. Métodos de interpretación 119
30. Las dificultades de la interpretación 135

CAPÍTULO IV

LA ACCIÓN EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

31. La acción en el derecho procesal constitucional..... 141
32. El derecho a la jurisdicción..... 146
33. La legitimación procesal en la jurisdicción constitucional..... 148
34. Garantías y derechos tutelados 151

CAPÍTULO V

EL PROCESO EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

35. Concepto de proceso 157
36. El debido proceso legal 159
37. Los procesos constitucionales 172
38. Principales procesos constitucionales y sus características 178

CAPÍTULO VI

INSTITUCIONES ALTERNATIVAS PARA LA DEFENSA CONSTITUCIONAL. EL *OMBUDSMAN*

39. Origen de la institución 189
40. Finalidades del *ombudsman*..... 190
41. La crisis del sistema que fracciona el poder..... 191
42. El *ombudsman* ante los derechos humanos..... 192
43. Funciones del *ombudsman*..... 193
44. Las transformaciones de fines de siglo..... 194
45. Conclusiones..... 195

CAPÍTULO VII

CONCLUSIONES

46. Recapitulación y síntesis 197

PARTE TERCERA
VÍNCULOS Y AUTONOMÍAS

CAPÍTULO I

VÍNCULOS ENTRE EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS HUMANOS

47. La protección procesal de los derechos humanos..... 205
48. Proceso y derechos humanos..... 207
49. El proceso justo 208

CAPÍTULO II

AUTONOMÍA CIENTÍFICA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y DE LOS DERECHOS HUMANOS

50. El derecho procesal constitucional como ciencia autónoma 215
51. Los derechos humanos como ciencia autónoma..... 220

El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (Vínculos y autonomías), editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 5 de octubre de 1995, en Programas Educativos, S. A. de C.V. En esta edición se empleó papel Bond de 70 x 95 de 50 K. para las páginas interiores y cartulina Couché de 162 K. para los forros, y consta de 1000 ejemplares.

INTRODUCCIÓN

1. Cada una de las ramas que cubren el orden jurídico tienen un tiempo histórico personal que muestra la dimensión y avance en sus preocupaciones sociales.

Así como el siglo XVIII fue el germen del constitucionalismo, y el siglo XIX del derecho privado, particularmente del derecho civil, este siglo tiene sus hijos en el derecho procesal, con su notable evolución, y en los derechos humanos. Ello, claro está, sin perjuicio de los llamados derechos nuevos, surgidos a consecuencia de las realidades diferentes que debe afrontar una sociedad (v. gr.: derecho de los recursos naturales y derechos sociales, entre otros).

Interesa puntualizar el origen, evolución y hasta cierto ocaso del derecho procesal —todo en apenas un siglo—, porque permite visualizar un fenómeno sorprendente que, teniendo origen en la confianza que los hombres depositan en sus instituciones, va difuminando su eficacia al conjuro de su mismo despliegue el cual, día a día, propicia reformulaciones y acude a otras disciplinas en busca de salidas útiles.

La polémica sobre el nacimiento del derecho procesal, es decir, si lo fue a partir de los estudios de Windscheid y Muther (en la mitad del siglo XIX), o si ella crece y se desarrolla con las investigaciones de Von Bülow, o pertenece a la obra de Giuseppe Chiovenda en los primeros años del siglo XX, resulta baladí profundizarla, porque la verdadera evolución data de estos tiempos, especialmente a partir del Código italiano de 1940, cuando comienzan a discutirse las bondades de los distintos sistemas de orquestación procesal y la necesidad de elaborar principios generales que se reúnan en una teoría general del proceso.

2. Paralelamente, el mundo asistía a otra gran transformación. Las nuevas constituciones dictadas a partir de 1945 fueron mostrando variantes fundamentales en la conformación jurídica y social de los Estados. Eran instituciones diferentes que abandonaban los individualismos propios del siglo anterior. La paz y la justicia social fueron preocupaciones primeras, a la par de un Estado protector de las libertades y los derechos humanos.

Se consolidó un fundamento distinto a los que tradicionalmente ocupaba el Poder Judicial. El nacimiento de la justicia constitucional generó un rol activo asociado con aquellas realidades identificadas.

El derecho procesal se encontró con funciones otrora pensadas, pero sin posibilidades prácticas, debiendo encauzar una magistratura diferente para responder a estos presupuestos fundantes del equilibrio entre los poderes de un Estado.

¿Cuál fue el gran cambio? Ocurrió un hecho histórico de coincidencias y avatares que obligaron a desarrollos paralelos, con insuficiencias en uno y otro. Por una parte, el derecho procesal, clásicamente pensado como mecanismo de resolución para los conflictos entre los hombres; basado en tres órdenes esenciales que atendían el rol del Estado en el proceso (la jurisdicción), el del hombre ante la crisis (la acción) y el de un sistema de respuesta a esas situaciones de controversia (el proceso), debió responder a nuevas asignaciones responsables. Esta segunda faz de la cuestión constituye la verdadera esencia del derecho procesal. No era única función la de satisfacer con un proceso las necesidades de la justicia, había que lograr un equilibrio global en el sistema de pesos y contrapesos idealizado por Montesquieu cuando desarrolló el sistema de la trinidad estatal. Es decir, a aquellas funciones el derecho procesal debió agregar el control sobre la actividad administrativa (legalidad y razonabilidad de los actos), y el control de la constitucionalidad de las leyes.

Al establecerse un procedimiento particular con una magistratura propia, fue necesario referirla a un derecho procesal con materia específica de atención. Surge así la expresión derecho procesal constitucional.

Sin embargo, esta advertencia obligó a confirmar particularidades de aquella, en torno a definir si tenía o no autonomía científica.

Cuando las constituciones y demás leyes fundamentales de los Estados se analizaron, pronto quedó en evidencia que en ellas había siempre una parte de materia procesal (por ejemplo, la que garantiza un proceso justo; la inviolabilidad de la defensa en juicio; la necesidad del juicio previo a la imposición de una condena; la estabilidad y permanencia de los jueces, etcétera).

Por tanto, pudo referirse a un derecho constitucional procesal, en razón del sistema de premisas mayores y menores.

Sin embargo, entre el derecho procesal y el constitucional había distancias muy grandes, sea porque el primero estaba sumido a una finalidad puramente instrumental, es decir, un derecho al servicio de los demás; o bien, porque, al no ser el constitucional un derecho sectorial, sino globalizador de intereses fundamentales que los demás deben respetar y acatar por el principio de supremacía que ostenta, surgía un claro camino mediante el que, de alguna manera, impedía verlos obrando armónicos.

Pero la distancia fue un error de interpretación dogmática. En la praxis, el cumplimiento de todas las normas requiere de una técnica, y esa técnica la aporta el derecho procesal. Y éste, a su vez, recibe del derecho constitucional la positividad de principios superiores que debe recabar.

3. Ahora bien, el siguiente interrogante lo agrega la vigencia efectiva de los derechos humanos, porque toda sociedad que se precie de tal está obligada a garantizar al hombre la plenitud de sus derechos, aun sin estar positivizados.

De alguna manera, los derechos humanos son una causa fuente de obligatoria recurrencia cuando se trata de legislar, y el peso de sus principios y dogmas encuentra origen en el notable impacto que tuvo para el mundo la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948).

Se piensa hoy que esta forma de cristalizar los derechos humanos representan un caso de *jus cogens*, porque el respeto y la vida misma que ellos tienen hacen a un "orden público internacional".[1]

Hablamos de interrogantes porque los derechos humanos vinieron a provocar un cambio trascendente y fundamental en los sistemas de organización jurídica de los Estados.

En efecto, tanto los derechos constitucionales clásicamente dispuestos en dos órdenes bien repartidos entre los que pertenecen a la sociedad como "garantías" y los que hacen a la estructura política del Estado; como los derechos procesales, orientados a dar efectiva tutela o protección a los derechos en crisis, encontraron en los derechos humanos un espejo donde debían reflejar simetrías.

Cuando las figuras se mostraban diferentes, algo estaba fallando. O el orden interno consagraba bajo el principio de la supremacía constitucional, derechos y garantías que consideraba justos, pero en realidad alejados del espíritu superior que ponderan los derechos igualmente captables "para todos"; o bien, en su caso, el proceso constituía una representación esquiva con los requerimientos de un nuevo orden social.

4. Cuando llegamos a esta instancia, advertimos cómo los derechos humanos se vinculan íntimamente con los derechos constitucionales y con el derecho procesal.

En lo que interesa a este ensayo, procuraremos ahondar en esas relaciones, al punto de señalar cierta supremacía de los derechos del hombre sobre los dogmas que sostiene el derecho procesal constitucional.

Es decir, trataremos de demostrar que existen ciertos derechos comunes (v. gr.: debido proceso, libertades esenciales, derechos a la paz, al desarrollo, etcétera) que no pueden encontrar lecturas diversas según sea el Estado que los interprete.

De este modo podrá iluminarse un rumbo de unión verdadera, donde los derechos no tengan fronteras, ni las controversias contingencias alternativas; se trata, en definitiva, de valores, principios y fundamentos que no pueden alterarse por la simple determinación legislativa.

1 Gros Espiell, Héctor, *Estudios sobre derechos humanos*, Caracas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, ed. Jurídica Venezolana, 1985, p. 27.

5. Para llegar a este resultado, han de precisarse los puntos básicos de cada disciplina comprometida, para después observar sus vinculaciones temáticas y sus autonomías.

En tal sentido, el programa esboza un tratamiento singular de los derechos humanos, en primer término, para luego afrontar en conjunto al derecho procesal y al constitucional, aun cuando justo es recordarlo, en los dos últimos hemos de afirmar la existencia de un derecho procesal constitucional, tal como será presentado.

Osvaldo Alfredo GOZAÍNI

México, D.F., febrero de 1993

PARTE PRIMERA
DERECHOS HUMANOS

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA CONSTITUCIÓN

1. Aproximación histórica al desarrollo, fomento y protección de los derechos humanos 13
2. Noción 15
3. Los derechos humanos como valores 16
4. Categoría jurídica de los derechos humanos 17
5. Vigencia sociológica de los derechos humanos 20
6. Los derechos humanos frente a "su circunstancia" 23
7. Los derechos humanos como "imagen" 24
8. Incorporación de los derechos humanos al derecho interno 25
9. La obligatoriedad de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos 28
10. La interpretación judicial de los derechos humanos 31
11. La significativa incidencia de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados 33

PARTE PRIMERA

DERECHOS HUMANOS

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA CONSTITUCIÓN

1. *Aproximación histórica al desarrollo, fomento y protección de los derechos humanos*

Los derechos humanos tienen en este siglo, sobre todo después de los años cincuenta, una notable evolución que llevó a interrogarse si ellos representaban una nueva ciencia o eran, en realidad, desprendimientos del derecho constitucional o, quizá, del derecho internacional.

Históricamente esa duda o confusión llevó a establecer sinonimias entre los derechos del hombre y los derechos del ciudadano.

Pero es hora de abandonar esa práctica porque los derechos humanos tienen una filosofía diferente que parte de concretar garantías y derechos que no admiten aplicaciones desiguales, ni significaciones distintas según establezca el intérprete ocasional. Esta manera de atribuir la calidad del derecho a la intelectualidad ideológica ha llevado a cancelar la investigación científica autónoma por creerla inmersa en el derecho constitucional o político.

El desarrollo de los derechos humanos incurre en tres momentos culminantes que patentizan e inciden en los resultados posteriores que hemos de advertir.

La primera etapa empieza coincidentemente con las espectaculares expansiones que originan las revoluciones francesa y norteamericana de fines del siglo XVIII. Los derechos del hombre acceden reconocidos ante una suerte de oposición entre el Estado y sus habitantes.

Se exige un "no hacer", una actitud negativa, un prevalecer de los derechos que hasta entonces eran considerados naturales y propios y que en este periodo van a consagrarse como derechos civiles y políticos, y como anteriores a la existencia misma del Estado.

En realidad, este reclamo del hombre hacia sus pertenencias íntimas e intrínsecas contaba con antecedentes en los Fueros españoles del medievo y con la carta magna de 1215.

La importancia que tiene esta fase radica en que, por vez primera, se obtiene una categoría de derechos donde el Estado no tiene ingerencia ni participación.

El liberalismo filosófico político y el desarrollo de las teorías sobre la subsidiariedad del Estado son reflejos de este tiempo. Surge el constitucionalismo, obligando a un ordenamiento sistemático de los derechos.

La Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y otros documentos posteriores dividen los derechos, atendiendo esa bifurcación entre garantías preexistentes y derechos que surgen de la vinculación política.

Así, los derechos del hombre son naturales e inalienables, mientras que los del ciudadano son positivos, dependientes del Estado.

Esta distinción se ha difuminado en el transcurso del desarrollo social, político y jurídico, pues con el advenimiento de las Constituciones, y su *télesis* de regir de una vez y para siempre la vida en sociedad llevó a estimarlos en conjunto como "derechos individuales", siendo ambos, por implicación, derechos que significaron "oponerse" al Estado, marcando límites y facultades respectivas.

La segunda etapa o dimensión de los derechos humanos reconoce dos fenómenos de registro diverso.

La industrialización y la segunda Guerra Mundial alertan al hombre sobre su incapacidad para resolver *per se*, los conflictos que le plantea la agresión multiplicada o, directamente, la afrenta a la sociedad en su conjunto.

El hombre en crisis vuelve en este estadio al Estado. Le pide que actúe. En este segundo momento exige un accionar positivo. Un "hacer" que se contrapone al "no hacer" de la etapa anterior.

Tanto el existencialismo, cuanto filosofía en ciernes, como el constitucionalismo social son resultados de este tiempo.

Surge la solidaridad entre las naciones, y la asistencia recíproca originada en las vinculaciones por pactos y tratados.

Las cartas fundamentales, hasta entonces cartabones del liberalismo, se modifican en favor de una nueva categoría de derechos: los sociales, económicos y culturales.

Estas garantías no son exclusivas, sino que se asignan por una correspondencia con un grupo social determinado (v. gr.: derecho de huelga, de agremiación, de protección a la familia, a la salud, a la educación, etcétera).

Tal como sucedió con la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la Declaración Universal de los Derechos Humanos es fruto de esta época (1948), y condicionará el obrar futuro del mundo.

La tercera dimensión, en cambio, supone una mutación en los intereses del hombre.

Ahora la reflexión encuentra su crisis en los actos propios de la vida en comunión. El hombre ve sitiada su individualidad y acotados sus reductos de protección, o al menos ya le parecen insuficientes.

Le pide entonces a su igual que obre en consecuencia. El hombre le reclama al hombre que no afrente los valores conquistados. Son los denominados derechos de la tercera generación, o derechos de la solidaridad.

El problema se identifica con la masificación social, donde el fenómeno lo producen un conjunto numeroso de individuos anónimos.

Componen este grupo de derechos los que la doctrina denomina derechos o intereses difusos. También otros los llaman sociales ya que viven en el contexto de la colectividad o de la humanidad.[2]

Como el goce de estos bienes son ineludiblemente comunitarios, se diluyen las distinciones entre nacionalidades, ideologías y formas de gobierno. Las fronteras políticas que definen las diferencias estructurales entre uno y otro Estado, y que de hecho determinan una tutela diferenciada de los derechos humanos se muestran incapaces para responder al pleno ejercicio de sus reconocimientos.

Tal es así que el "consumidor" de los mismos no puede ser diferenciado: es el hombre, cualquiera que sea su circunstancia temporal, social, cultural o económica.

Los derechos sociales son derechos pragmáticos que exigen un complemento técnico y legislativo que facilite su plena vigencia. En cambio, los derechos de la nueva generación son operativos, exigibles inmediatamente, sin más requisito que su mera formulación.

A fines de siglo, sorprenden otros hechos relevantes para el devenir de las conductas y de lo que de ellas se espera.

La caída del muro de Berlín, la decadencia de las ideologías, la constitución de grupos de naciones que quieren figurar como defensores del orden mundial, el retorno a prácticas que se creían superadas como los nacionalismos extremos; en fin, todo parece indicar que se avizora un nuevo tiempo, otra dimensión que no podrá ser indiferente en la larga lucha por los derechos humanos.

2. *Noción*

¿Es posible encontrar una definición común para los derechos humanos? El problema surge cuando no se advierten las diferentes formas de pensamiento de la sociedad, sus diversos grados de desarrollo cultural, sus definidas idiosincrasias; sin embargo, y a pesar de estas contingencias desafortunadas, pueden hallarse coincidencias prácticas.

2 Gómez Lara, Cipriano, "La protección procesal de los derechos fundamentales", ponencia general a las *XI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Río de Janeiro, Brasil, mayo de 1988.

Los derechos humanos definen una condición obvia: son derechos inherentes al hombre por su sola condición de tal. Por tanto, no requieren positivación alguna, ni concesiones graciosas de la sociedad política.

El desarrollo de la vida en sociedad generó su aparición primero como una necesidad para la organización comunitaria (derechos políticos), luego, para dar un orden y disciplina a la convivencia (derechos civiles), después para lograr cierta igualación y evitar los tratamientos discriminatorios (derechos económicos, sociales y culturales) y así, sucesivamente, fueron apareciendo nuevas preocupaciones (por ejemplo: las guerras mundiales ocurridas en este siglo demuestran la inutilidad de las defensas individuales si no existe asistencia internacional), dando lugar a los que después se llamaron derechos de la tercera generación, derechos de la solidaridad, para culminar en los que demuestran, claramente, el sentir mundial cuya tutela se persigue. Estos son los derechos a la paz, al desarrollo, a la libre determinación de los pueblos, a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado y a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad, entre los más destacados.[3]

3. *Los derechos humanos como valores*

No nos referimos con esto al valor como determinación cuántica, sino al sentido vital de su necesidad. Es, entonces, un criterio axiológico el que mentamos, aun a sabiendas de la distancia que tiene respecto a la teoría del valor en el plano de la filosofía jurídica.

De alguna manera, entender los derechos humanos como valores supone llevar al plano de la conciencia general los principios que identifican al ser.

Tal proposición encuentra un valladar importante: para lograr ese criterio será preciso que el valor sea, precisamente, apreciado positivamente por el sujeto, lo cual conduce a cierto relativismo por depender de un acto estimativo.[4]

Pero tal adaptación retorna a un sentir inadecuado: los valores no dependen del provecho que logremos porque, de ser así, todo valor cae en un puro subjetivismo.

Para desplazar la noción individual, otros entienden que los valores dependen de las apreciaciones colectivas de un pueblo, de una raza, de una época, de una cultura o de toda la humanidad.

3 Ver: Gros Espiell, Héctor, *op. cit.*, nota 1, p. 12. Carrillo Salcedo, Juan Antonio, "El derecho al desarrollo como un derecho de la persona humana", *Revista Española de derecho internacional*, vol. XXV, 1972, p. 119; Varios, *La protección internacional de los derechos del hombre*, México, UNAM, 1983.

4 Al respecto: Ortega y Gasset, José, *Obras Completas*, Madrid, Revista de Occidente, 1946, en especial el capítulo "¿Qué son los valores? Una introducción a la estimativa".

En última instancia, el valor así contemplado es el juicio resultante de una interpretación axiológica.

De tal dicción derivan tres especies diferentes de esta particular forma de subjetivismo: a) valor es todo aquello que, como tal, aparece o es estimado por la conciencia de la sociedad; b) valor es lo que de algún modo aprovecha o contribuye a la evolución y perfeccionamiento de la sociedad, y c) los valores son vida humana objetivada y como tal, son configurados por la historia.[5]

Un resumen esquemático de las posiciones permite llegar a obtener la siguiente conclusión: los derechos humanos son valores que tienen por objeto buscar el fundamento mismo de la convivencia, a cuyo fin el orden jurídico positivo se subordina a ellos, y los jueces que los interpretan encuentran una fuente modelo del cual no pueden apartarse sin caer en arbitrariedad o injusticia.

4. *Categoría jurídica de los derechos humanos*

El problema de establecer la categoría jurídica a que pertenecen los derechos humanos retorna a la polémica tradicional entre juspositivistas y jusnaturalistas. Inclusive, el esfuerzo filosófico por encontrar una adscripción lógica no deja de colisionar con los fenómenos particulares que identifican a cada sociedad. Así como la comunidad occidental estructura su pensamiento con base en el reino de la ley y del *common law*, resulta curioso observar como una cultura diferente, como la japonesa, no encuentra vocablos correspondientes a la palabra derecho (*droit*, *right*, *recht*) pues se fundamenta, esencialmente, en obligaciones y deberes, y no en derechos.[6]

Por eso Rommen explica muy bien que "la idea de un derecho natural puede surgir sólo cuando la razón descubre que no todas las leyes son inmutables, que pueblos distintos viven de acuerdo con leyes distintas y que casi imperceptible-

5 Fausto Fernández, Julio, *Los valores y el derecho*, El Salvador, Ministerio de Cultura, 1956, p. 154.

6 La misma curiosidad se observa entre los autores islamitas, donde el *Corán* es fuente de legislación y de cambios revolucionarios (v. gr. Irán). En este sentido el Islam puede ayudar a los pensadores occidentales a reconocer la estrechez de una concepción en que la reivindicación de la protección de los individuos ignora la "fraternidad en la obediencia de Dios". También, en la India, el sánscrito no tiene equivalente para la palabra derecho, sino una que puede traducirse como "justa exigencia" por lo que el derecho siempre se gana y se merece. Según la idea de Kharma, se recoge lo que se siembra. En la misma línea se constata la confrontación de conceptos entre oriente y occidente y aun, en éstos, entre los países subdesarrollados, en expansión y poderosos. La síntesis propone dos consecuencias positivas de indudable alcance filosófico: "que derechos idénticos pueden no ser derechos similares en todos los aspectos y que por encima de la igualdad abstracta es necesario colocar la solidaridad entre los individuos y la interdependencia entre las sociedades", en Ricoeur, Paul y otros, *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Barcelona, Serbal-Unesco, 1985, p. 29.

mente el derecho cambia. Se concluye entonces en que no todo derecho es derecho divino, inmutable y sagrado, sino que existe también un derecho humano cambiable".[7]

Cuando el concepto es permeable y recibe la influencia de otros sectores o corrientes del pensamiento se verbaliza la relatividad de los principios. De todos modos, el efecto que produce la interrelación de ideas provoca un intercambio generalizado que, habitualmente, coincide en aquellas verdades prácticas que referimos anteriormente.

El empalme de la categoría jurídica con la persona humana abre posibilidades distintas. Así pueden llamarse "derechos humanos", "derechos naturales", "derechos fundamentales", "derechos del hombre", "derechos individuales"..., pero en todas estas denominaciones aflora un valor, una identidad axiológica. El hombre tiene estos derechos por su sola condición, no importa el nombre que se les asigne; los tiene y los ostenta por su propia naturaleza y dignidad.

Esos derechos no responden a una categoría jurídica propia ni determinada. Por ello, al estar fuera de cualquier orden jurídico por ser "suprapositivos" (es decir, no establecidos por una declaración de la voluntad del hombre al instituir un sistema normativo) sólo puede colegirse su factibilidad a partir de una situación ideal. Algo así como un código de conducta; una ética del comportamiento.

Ahora bien; si los derechos humanos fueran sólo eso, carecerían de la realidad ontológica de un orden objetivo y, como tales, serían consagraciones para una sociedad ideal.

Pero como ellos son trascendentes a la persona misma por interesar su acatamiento y realización a todo el conjunto de la humanidad, deben poseer un *status* donde situarse para obtener desde él su ejecución.[8]

Si los derechos humanos son un valor que realizar, el mecanismo procesal que los ponga en vida determina una cierta positivización. El derecho mismo sería positivizado.

Bidart Campos habla de la presencia positiva de los derechos humanos en el sector del valor justicia; como que hay plenitud de tales derechos en el sector de las conductas.[9]

7 Rommen, Heinrich, *El Estado en el pensamiento católico,* Madrid, 1956, p. 179; ver, Bidart Campos, Germán J., *Los derechos del hombre*, Buenos Aires, Ediar, 1974, p. 23. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El proceso transnacional (particulares procesales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, Buenos Aires, Ediar, 1992, p. 34.

8 En tal sentido Peces Barba, Gregorio, *Derechos fundamentales*, Madrid, Latina, 1980, pp. 16 y 31, donde sostiene que los derechos fundamentales son valores o paradigmas de un derecho futuro y que de esos derechos sólo se puede hablar en sentido estrictamente jurídico, una vez que son recibidos en un derecho positivo.

9 Bidart Campos, Germán J., *Valor, justicia y derecho natural*, Buenos Aires, Ediar, 1983, p. 181.

De manera que si "hay" derechos humanos es porque ellos coexisten en la realidad como derecho de posible cumplimiento y exigencia. Son valores coexistenciales que obran positivizados por la idea de imponer la justicia que ellos representan.

Tengamos por cierta y lógica la deducción antecedente para resolver ahora el problema de la calidad y de la legitimación.

Ambos son órdenes diferentes, pero contienen una simbiosis natural que razonan una interpretación armónica.

El hecho de aceptar como positivos los derechos humanos no lleva a sostener que deban ser realidades escritas en un catálogo que los identifique y reconozca.

Lo que verdaderamente importa es el esfuerzo intersubjetivo que concibe la practicidad a partir de la comprensión social que los incorpora y remedia como valores de tránsito constante.

Hay —dice Pérez Luño— una praxis histórico-social en la que el derecho y los valores éticos-jurídicos —y por tanto, también derechos humanos— surgen y se desarrollan, lo que cifra el fundamento de los derechos en el despliegue multilateral y consciente de las necesidades humanas, que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica.[10]

La *ratio* de los derechos humanos es ésta: el conjunto de necesidades esenciales de cada individuo en convivencia.

En el plano del reconocimiento ideal, las cosas suceden como se plantean; al menos en el estudio ofrecido en abstracto.

Cuando el derecho se vulnera, o se desconoce entramos en el problema del restablecimiento y, en su caso, en la persona capaz de reclamar la tutela.

Puede ser entonces que hallemos un nuevo contingente; que los derechos humanos conocen su verdadero contenido a partir de las limitaciones impuestas.

En efecto, por vía de principio, muy pocos de los derechos humanos son absolutos y el ejercicio de ellos, inclusive, puede estar limitado circunstancialmente. Si existe cercenamiento, y el derecho se resuelve como exigencia práctica, sólo el afectado podría pretender su reparación. Es decir, el que detenta el derecho subjetivo.

Esta peculiar situación que relaciona al titular del derecho con la pretensión esgrimible, en materia de derechos humanos —pensamos— sólo tiene andamiento a partir de resolver no tanto la calidad de quien reclama (legitimación procesal), sino la situación que se padece.

Es decir, podrían admitirse dos planos de movimiento permanente por la transformación de la sociedad: por un lado, el ideal, donde los derechos huma-

10 Pérez Luño, Antonio, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 162. En idéntico sentido, Gordillo, Agustín A., *Derechos Humanos*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1990, *passim*.

nos se sostienen como valores realizables a partir del respeto y sujeción a un orden predeterminado. De otro, la realidad práctica, aquélla que enfrenta al hombre con la sociedad; al hombre con el Estado, sea porque otro lo condiciona, o porque no goza de los derechos a que positivamente accede.

En el primero no es necesario individualizar a nadie; el sujeto principal es el hombre como tal y como partícipe de la sociedad.

En el otro, resulta preciso encontrar el derecho a la jurisdicción; porque será justamente ella quien retornará las cosas a su estado natural.

No escapa a esta última acepción que, quien deducirá una pretensión para restablecer un derecho humano portaría él mismo un derecho subjetivo, y el valor que custodiar o reparar estará positivizado como tal.

Inmediatamente, habría que resolver si la protección procesal (jurisdiccional o infraprocesal) es constitutiva del derecho subjetivo; y, en su caso, si otros interesados (situaciones jurídicas conocidas como interés legítimo, simple y difuso) podrían generar el mecanismo asistencial.

Hay en esto una realidad práctica: si el derecho no tiene posibilidades de protección, es como un ser inanimado, no tiene vida en la coexistencia social.

No obstante, la vía de tutela judicial o protección es subsidiaria; obra como garantía, pero no hace a la esencia constitutiva del derecho fundamental.

El derecho no se resuelve funcional por la coacción sino por su axiología. En tal sentido, enlazamos la problemática del parágrafo con el siguiente (vigencia sociológica de los derechos humanos), pues sólo hay positividad en los derechos humanos en la medida del consenso unánime de su necesidad; y con referencia a la protección, ella acontece como garantía, como instrumento cabal y eficaz para escudar a los derechos humanos sin retacear la tutela por la calidad individual del portante, sino por la cualidad trascendente que lleva la situación.[11]

5. *Vigencia sociológica de los derechos humanos*

Derecho y realidad son dos situaciones que marcan una difícil confrontación entre lo ideal y lo posible.

Podrá existir el mejor sistema que anude derechos con deberes y obligaciones, pero bien cierto es que si ellos no se realizan caerán en la más pura abstracción.

Es evidente que, en materia de derechos humanos, podemos coincidir en reconocerlos como necesarios e imprescindibles, y aún obtenerlos consagrados por aplicación de normas fundamentales que los tengan en su *télesis* (v. gr.: a través de los llamados derechos implícitos). Son derechos de la comunión y la pacífica

11 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Introducción al nuevo derecho procesal*, Buenos Aires, Ediar, 1988, p. 165.

armonía del hombre en coexistencia; generan a su vez un marco de adecuación con el sistema político por el que atraviesen y por eso, aún manteniendo innato su espíritu, pueden reformularse con base en lo que podría denominarse como condiciones de viabilidad.[12]

La incorporación de la Convención Americana a un orden interno crea las mejores condiciones de realización y praxis para los derechos humanos. Sin embargo, la juridicidad otorgada, que por sí misma importa asignar un marco propicio para su consagración, no ha determinado un sistema inmediato de vigencia práctica.

De lo que resulta que todo cambio en el sistema de los derechos y las libertades corresponde a los cambios que afectan a las oportunidades reales que permite la estructura social.

Órdenes distintos que generan respuestas distintas. Por un lado la norma trascendente indica la voluntad del Estado y de su pueblo; por otro, la dependencia fáctica.

Sostenemos en esencia la operatividad inmediata del Pacto, pero a nadie escapa que la fuerza natural de las cosas dependiza su acatamiento, reacomodando esa universalidad en el cuadro cultural que el país ofrece.

Los contrapesos muestran que derechos idénticos pueden no ser derechos similares en todos los aspectos y que, por encima de la igualdad abstracta, es necesario colocar la solidaridad entre los individuos y la interdependencia entre las sociedades.[13]

Ésta quizá sea la actitud de llegada, pero el camino viene cruzado por dificultades que permanecen afincadas en cuestiones históricas, políticas, culturales y sociales.

Miró Quesada pone en claro uno de estos repliegues. Agudamente observa como las Declaraciones sobre Derechos Humanos olvidan el anacronismo de los sucesos históricos. Así como hoy a América Latina se le recuerda que el lenguaje de esos derechos logra autenticidad a partir de las luchas que precedieron a su discurso, comenzando por la de la burguesía revolucionaria contra el absolutismo del Estado; omiten mencionar que estas tierras debieron luchar por su emancipación, de tal modo que el aleccionador enseña sin ver sus retrógradas manifestaciones.[14]

En esta línea de pensamiento se dice que antes de consagrar sugerencias tenidas como absolutas es preciso tomar conciencia del pasado, para desde allí alimentar un proceso de transformación y fomentar un sistema de defensa de los

12 Ver al respecto, Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 241.

13 Ricoeur, Paul y otros, *op. cit.*, nota 5, p. 29.

14 Miró Quesada, Francisco, *Fundamentos filosóficos de los derechos humanos,* Barcelona, Serbal-UNESCO, 1985, p. 334.

derechos humanos construído primero en las mentes y corazones de los individuos por medio de una fe y solidaridad comunes: "un sistema universal de educación para los derechos humanos puede liberar a la humanidad de sus preocupaciones obsesivas por la economía y el materialismo y conducir a la primacía de la cultura y de la calidad de vida que es la salvaguarda más segura y perdurable de los derechos humanos".[15]

En verdad, el legado que recibe América Latina para dimensionar los derechos humanos no fue interpretado a pie juntillas. Diríamos que la superación esencial se basó en la afirmación de las libertades individuales y en el mecanismo ponderado para controlar y equilibrar el ejercicio del poder.

Forzoso resulta concluir que las constituciones modernas deben postergar esa limitación, pasando de la individualidad normativa a la generalidad de los aconteceres, a lo que hemos llamado derechos de la solidaridad.[16]

Los problemas políticos en la vigencia de los derechos humanos aportan otro contrapeso cuando el gobernante o el sistema no se unen en el empeño por realizar francamente el compromiso de la comunidad.

Culturalmente aflora, a nuestro entender, el principio y el fin de la vigencia sociológica de los derechos humanos.

Todo derecho puede cobrar vigencia a partir de un hecho práctico como la publicación oficial, o por la ratificación del Poder Ejecutivo de un Tratado aprobado en el seno de las Cámaras Legislativas. Es cierto también que normativamente las leyes se suponen conocidas por todos, lo que equivale a reconocer la imposición práctica y el castigo al que las violentan.

Sin embargo, ¿hasta dónde puede afirmarse que el derecho como tal es una noción de carácter popular, masivo?

La cultura de un pueblo que obre en favor de los derechos humanos supone, como primer imperativo, dar a conocer con precisión lo que esos derechos representan.

A partir de la difusión se fomenta la enseñanza; la racionalidad del espíritu de aquéllos para obtener una armonía de grupos que no recicle por variables inesperadas, como la ignorancia de los derechos.

El conocimiento de los derechos y su debida valoración requieren ponerlos al acceso del descubrimiento intelectual y emocional por el pueblo, y difundirlos mediante una información continua, que bien puede valerse de la publicidad y la propaganda.

Una vez más, aquí se cuenta el progreso de los derechos del hombre a partir del proceso que los incorpora a la realidad del diario acontecer. No ser tan libres

15 Kirpal, Prem, *Fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, *cit.*, nota 14, p. 333.

16 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 10, p. 310.

por vías declamativas, como libres sí, porque le asigno a la libertad el valor que culturalmente tiene y conozco.

Finalmente, toda la sociedad personifica la tarea del reconocimiento. Va de suyo que los derechos humanos, en el marco de la vigencia sociológica que someramente delineamos, queda aprisionada a veces por las dificultades que encuentra en la tradición, la costumbre, el arraigo a situaciones soportadas y que ya no se ven como limitaciones sino como consecuencias de un estilo de vida, etcétera.

Sociología y derecho emparentan entonces los lazos entre los valores jurídicos presentes y los que aspiran a concretarse. El gran salto desde el *status quo* hasta la esperanza.

Como tal, existirá siempre la nebulosa situación que presupone la esperanza: algo imaginable y auspicioso, pero, como no lo tengo, puedo resistir mi presente por temor a que el gran cambio no sea tal.

Dificultades ciertas, es verdad, pero dominables cuando el movimiento político y jurídico de una sociedad se organizan francamente como protectores de los derechos humanos.

6. *Los derechos humanos frente a "su circunstancia"*

Como vemos, del fenómeno global de los derechos humanos emergen numerosas situaciones de análisis que obligan a interpretarlas en el concierto de las circunstancias donde se pretenden insertar.

Existe, como expresamos en párrafos precedentes, una condición ideal que propicia su instauración sin vallas ni condiciones; pero también la realidad nos lleva a cubrir espacios de posible incidencia en la medida que cada uno reporta una "circunstancia particular" en los derechos humanos.

Quizá la más importante radique en la sociedad constituida, porque la traza de diferencias que generan las políticas demográficas y políticas, al señalar países desarrollados y subdesarrollados —*lato sensu*—, demuestran que son diversas las "calidades de vida".

Esa polifacética contingencia provoca una reacción ineludible en el compromiso por lograr un tratamiento sistemático y responsable de los derechos humanos. La primera condición estaciona en las obligaciones del Estado, como responsabilidad principal en sus programas de gobierno de aliento, fomento y protección hacia los derechos del hombre. La segunda reposa en la cooperación internacional, porque ya no es posible pensar en sociedades autónomas y autoabastecidas.

En este marco, cada Estado supone una circunstancia individual para el progreso de los derechos humanos, lo cual no impide que las normas internaciona-

les orienten una definición propia, de imposible mutación por conveniencias particulares ni limitaciones ostensibles a libertades plenamente reconocidas.

Obsérvese que existen ciertos derechos del hombre que resultan variables de acuerdo con la sociedad que los recibe. Por ejemplo, el derecho fundamental de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos provoca desequilibrios entre las sociedades latinoamericanas y las orientales.

Igual desequilibrio hay en el derecho al desarrollo, porque cada sociedad tiene metas diferentes de acuerdo al progreso económico-social de su población.

Lo cierto es que cada peculiaridad social supone una elevación de intereses distintos, y esa diferencia resulta trascendente a la hora de homogeneizar el tratamiento positivo de los derechos humanos.

Sin embargo, el plexo común de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, como la Convención Europea y Americana —cada una con su esfuerzo particular— han servido de idealizaciones a un común denominador.

Por tanto, esta faceta condicionante debe ser tenida en cuenta, pero no ha de significar limitación a la garantía, respeto y promoción que merecen los derechos humanos.

7. *Los derechos humanos como "imagen"*

También, porqué no, los derechos humanos son un problema de imagen para un Estado.

No escapa al observador que el acto explícito de incorporación de un convenio de las características del Pacto de San José de Costa Rica ha ido sustanciándose en mayor dimensión, a medida que cada país latinoamericano fue democratizando sus instituciones.

Objetivamente, la ratificación del Tratado obedece, muchas veces, a una forma política de dar seguridad y garantías a los individuos sobre los derechos que intrínsecamente son suyos.

Acierta Bidart Campos al decir que "la doctrina de los derechos humanos circula en el ambiente sociocultural que la acoge, con gran fuerza legitimante";[17] reiterado en la opinión que afirma que "en la actualidad, la garantía de los derechos fundamentales de la persona humana ha llegado a convertirse en una especie de suprema instancia legitimadora del ejercicio del poder, hasta el punto de que es prácticamente imposible encontrar algún sistema de gobierno que, de una u otra forma, no se preocupe por ofrecer una imagen pública de pleno acatamiento de los derechos de la persona".[18]

17 Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, nota 11, p. 277.

18 Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1964, p. 211.

Ahora bien, el hecho simple y rotundo de reconocer derechos humanos debería importar simultáneamente su operatividad dentro del Estado que manifiesta el acatamiento.

A su vez, la efectividad de tales derechos está sujeta a la interpretación que se le asigne. Es decir, antes de intentar dar cumplimiento a una norma debemos saber lo que ella significa, y en esto radica una de las principales dificultades para la autoejecutividad de los derechos del hombre, más allá de la polémica sobre normas programáticas y operativas.

Para un legislador, juez o abogado, la ley se interpreta con base en sus antecedentes. La jurisprudencia es fuente de la norma, como lo son las sesiones legislativas. Pero en la consagración de los derechos humanos, su precedente es la historia y su jurisprudencia se reduce a los valores.

Aun cuando reciban en su *télesis* un lenguaje común, el discurso cambia en las diversidades que admiten culturas bien diferentes.

De este modo, es posible constatar que la incorporación del derecho transnacional al derecho interno no se cumple con el mero depósito de un instrumento de ratificación.

Lo importante, lo que hace a la legitimidad del acto viene después y radica en la función inmediata de recepción de los principios preconcertados por las naciones.

Lo que origina a su vez un nuevo interrogante, ¿son todos los derechos de la Convención Americana "garantizados" por el Estado? ¿Acaso puede el Estado "garantizar" algún derecho?

En suma, el reconocimiento de los derechos humanos no legitima a un Estado, pues dicho acto puede enrolarse en esa "organización de la vergüenza" que el concierto universal auspicia para ciertos países ajenos a una conducta, digamos, humanamente tolerable.

8. *Incorporación de los derechos humanos al derecho interno*

Para llegar a esclarecer la vigencia de los derechos humanos en el derecho interno damos por superado el interrogante que otrora se planteaba, referido al ingreso de un tratado en el orden jurídico local a partir del dictado de una ley que integre las previsiones normativas concertadas, o bien, receptarlo con los actos pertinentes del Poder Legislativo y Ejecutivo respectivamente.

El dilema podría plantearse con los alcances que resulten asignados en cada legislación común, y con los efectos que se persigan al adherir a un pacto de la fisonomía, por ejemplo, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Basados en esos límites, observamos que en Argentina se efectuó la interpretación de los derechos humanos en la dimensión intelectiva elaborada para los derechos constitucionales.

Bajo una premisa similar, México reconoce superioridad a la Constitución, sobre todo en los términos del artículo 133 de la Constitución Política que dice:

> Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión, y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados.

Ahora bien, como los derechos constitucionales resultan también operativos (autoejecutivos) y programáticos, resulta imperioso conocer a qué derechos nos referimos y cómo juegan internamente.

Por vía de principio, los derechos son operativos cuando son directamente ejecutables, es decir, que no requieren ni necesitan de una norma que los complemente.

A su vez, otros serían programáticos o ideológicos, según formulen una aspiración a lograr, un proyecto compartido, una ilusión común; o bien, enuncien desde una filosofía particular un programa que conducir. En ambos casos, las normas requerirán de un complemento que las formule positivamente.

El conflicto de estas últimas estriba en el tiempo, modo y forma como se realizan. Si no existe norma indicativa que precise el momento en que deben reglamentarse, podría llegar a sostenerse que ellas valen sólo como un programa de acción.

No obstante, sin esfuerzo se pueden obtener otras conclusiones. De algún modo la omisión del Estado en dictar la norma que operativice y dé plenitud al derecho del hombre planteado como programático, importa un acto inconstitucional por la demora o el ocio voluntariamente dispuesto.

También, se postula como principio que si el Estado supedita la vigencia a la espera de una ley próxima, cede la supremacía constitucional pues no es compatible la idea de que existan derechos cuyo ejercicio no pueda hacerse efectivo por ausencia de una legislación reglamentaria, o cualquier otro acto o decisión del poder tendentes a dejarle curso expedito.[19]

Asimismo, si el derecho presentado no se cumplimenta por la omisión referida, no obstante pueden ser válidos por motivos de repudio o resistencia a una contingencia que los enfrente. En estos casos, debería el Estado limitar su propia acción y otorgarles, aún sin norma sancionada que lo integre, la vigencia operativa como control de razonabilidad.

19 Bidart Campos, Germán J., *op. cit.*, nota 11, p. 360.

En caso de que la norma reglamentaria se dicte, pero acote a límites constrictos el alcance normal de la premisa, podría plantearse la inconstitucionalidad de la disposición por violar el espíritu manifiesto de la orientación liminar.

Regiría directamente, en tal caso, lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la Convención Americana, que se refieren a la interpretación de las normas del Pacto y al alcance posible y admitido de las restricciones.

Analizado el cuadro de principios y derechos que consagra la Convención Americana, pueden diagramarse tres situaciones estrechamente vinculadas.

a) El Pacto de San José de Costa Rica, como conjunto normativo, se incorpora al derecho interno cuando el Estado se adhiere a la Convención.

Interesa en este grupo afirmar la constitución de organismos operativos de la Convención, como la Corte y la Comisión, que deben orientar su vigencia de acuerdo con los términos como se realice el reconocimiento. Cuando se admite la jurisdicción contenciosa de la Corte se estiman sus decisiones jurisdiccionales con el alcance que señalamos en el parágrafo siguiente. Similar efecto resulta con la Comisión, en la medida que las recomendaciones que pronuncie en opiniones consultivas servirán como orientadoras de un diseño que seguir.

Dentro de este conjunto se desarrolla lo que se denomina el derecho internacional de los derechos humanos, con sus sistemas y mecanismos de promoción y protección.

b) En un segundo grupo se alinean los derechos operativos (*self executing*). Presentes ya en la Convención, se integran al derecho interno y soportan su inmediata aplicación por vía de la presunción de ejecutoriedad que de ellos emana.

A tal fin la opinión consultiva número 7, despachada a requerimiento del gobierno de Costa Rica (con relación al derecho de rectificación o respuesta), dejó en claro que el artículo 2° de la Convención —que manda a los Estados partes a dictar medidas que garanticen el cumplimiento de los derechos— reviste carácter subsidiario, porque la obligación esencial viene impuesta en el artículo 1°, haya o no legislación interna; si ésta falla, la Convención se aplica igualmente mientras ello resulte posible.[20]

c) El tercer grupo lo integran los derechos programáticos los que, como dijimos, necesitan de la implementación local.

20 Según Bidart Campos, son normas del pacto directamente operativas las dispuestas en los artículos 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 15, 16, 17 (con excepción de los acápites 4 y 5), 20, 21, 22, 24 y 25. A su vez, los artículos 10 y 14 remiten a la ley interna, pero ello no les priva de su carácter operativo. Lo mismo cabe para el artículo 18 donde el Pacto pide una ley que reglamente la forma de asegurar ese derecho, ya que una ley de reaseguro no es lo mismo que una ley reglamentaria de la norma programática. El artículo 19 será también operativo por la amplitud con que se redacta. Por fin, el artículo 23 no expresa que las personas "tienen" derecho, sino que todos los ciudadanos "deben gozar" de los que inmediatamente se enuncian. Ver, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo III (Los pactos internacionales sobre derechos humanos y la constitución), Buenos Aires, Ediar, 1989, p. 129.

Los artículos 1 y 2 de la Convención participan de este asignado. De todos modos, el "programa" que proyectan declama mucho más que una razón para que los Estados organicen y ajusten su propia legislación.

Nikken, interpretando la relación entre los artículos citados, manifiesta que la programaticidad de ellos puede conducir a un resultado absurdo, como es el de dar por no escrito el artículo 1° ante la omisión reglamentaria que dictamina el artículo 2°. "En consecuencia, si por cualquier circunstancia... (un derecho protegido) no pudiera ser ejercido por toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos por ella previstos". En suma, agrega:

> si el artículo 2° es leído a la luz de lo dispuesto por el artículo 1°, se concluye, como lo ha hecho la misma Corte Interamericana, que dicha disposición no hace más que recoger una regla básica del derecho internacional, según la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole. Se trata, pues, de un tema que tiene que ver con la inserción del derecho internacional en el derecho interno o, incluso, con la eventual ejecutoridad de la Convención Americana en algunos Estados, cuyo sistema jurídico permita a los tribunales adoptar decisiones ("medidas de otro carácter"), para garantizar los derechos internacionales protegidos, aún en ausencia de ley interna que los reglamente.[21]

9. *La obligatoriedad de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos*

Conservemos la ilación expuesta en el parágrafo que precede y desde allí, instemos un avance más en la proyección de los derechos humanos.

El interrogante actual plantea ¿qué obligatoriedad tienen los instrumentos internacionales sobre derechos humanos?

La disyuntiva interpreta posibilidades alternas, según se propicie la vigencia efectiva de los derechos humanos, sin norma expresa que los reciba; o bien, se trate sobre la protección jurídica y procesal (derecho y proceso) o, en su caso, nos instalemos directamente en la función jurisdiccional para observar cómo se interpretan y valoran los derechos emergentes de los instrumentos internacionales. Este último aspecto contiene una faceta más, que explica la forma precisa de defensa que los derechos humanos requieren.

21 Nikken, Pedro, "Los Derechos Humanos en el sistema regional americano", *V Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, agosto 1987-4, pp. 18-22.

La primera cuestión esbozada pone en tintas la situación que acontece cuando los derechos humanos no tienen positivación, es decir, marco normativo que los precise, y la crisis asienta en el consabido principio que refiere que "lo que no está escrito no está en el mundo".

La historia del constitucionalismo muestra que, actualmente, se necesita la norma escrita para tutelar un derecho determinado; pero el derecho anglosajón no tiene el mismo concepto, porque los derechos alojados en el *common law* no están escritos.

Aún más, existen ciertos derechos que reciben tutela y protección no por ser positivos, sino por interpretación judicial o mera costumbre. En el primer caso, nos referimos a la jurisprudencia o derecho judicial, y en el restante al derecho consuetudinario.

El derecho internacional recibe estos postulados y da mayor amplitud a los que se deben entender por fuentes de derecho. En este sentido, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en su artículo 38.1, reconoce cuatro fuentes que deben aplicarse sin cortapisas: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establezcan reglas expresamente admitidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas, y d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas reconocidos, que se constituyen en auxiliares para la interpretación adecuada y uniforme de las reglas de derecho.[22]

La respuesta vuelve a considerar la problemática expuesta que consiste en saber si los derechos humanos son o no derechos subjetivos, y en franca remisión a lo dicho *ut supra*, reiteramos que el derecho no se resuelve funcional por la coacción sino por los valores que porta y representa.

Afincada la conclusión, queda espacio para un segundo interrogante: ¿cuál es la protección procesal de los derechos humanos?

Aquí el *quid* admite dos posibilidades, o bien relacionamos la respuesta con los instrumentos vigentes para el desarrollo de aquellos o, en su caso, atendemos la interpretación jurisdiccional que se otorga en cada situación concreta.

El marco de referencia documental, en constante evolución, tiene un tronco frondoso formado por cuatro documentos básicos: la Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 1948), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

22 Ver el fundado trabajo de O'Donnell, Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, Lima, Comisión Andina de Juristas, auspiciado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y la Fundación Friedrich Naumann, 1988, pp. 15 y ss.

De todos modos, coexisten una multiplicidad de entidades y procedimientos emergentes de más de una treintena de tratados y varios protocolos adicionales vinculados con las libertades fundamentales del ser humano (v. gr.: Carta Social Europea, Liga de los Estados Árabes, La Carta Africana, etcétera).

Las características esenciales que todos conllevan pueden resumirse en los términos dichos por la Corte Interamericana, al emitir la Opinión Consultiva número 2. Allí indicó:

> Los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y en particular la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.[23]

Evolutivamente existe un suceso notable que va destacando cómo las Declaraciones primeras, cuyo valor era meramente hipotético y formalmente declarativo, fue adquiriendo fuerza hasta el punto de constituirse, en reiteradas ocasiones, en la legitimidad misma del instrumento que adopta un Estado parte.

Fenómeno similar ocurre con los preámbulos de las leyes fundamentales y, de hecho, acontece regularmente como un estatuto de principios fundantes.

Cuando estos instrumentos ingresan reconocidos por las leyes de un Estado cualquiera, queda en pie la interpretación judicial que se asigne. Problema éste que veremos en el parágrafo siguiente; en cambio, la defensa interna de los derechos humanos requiere de ciertas flexiones en los mecanismos procesales, porque allí veremos cómo se refleja la protección de los sistemas vernáculos exigiendo, por ejemplo, el agotamiento de todos los recursos locales, la inmutabilidad del decisorio que cuenta con la estabilidad de la cosa juzgada, etcétera.

Finalmente, no puede obviarse la incidencia manifiesta que tienen en cada una de las posibilidades descritas, los diversos sistemas de protección procesal de los derechos humanos, sean estos internacionales, continentales, regionales, comunitarios, etcétera.

De este modo se distinguen tres tipos de manifestaciones que internacionalizan la preservación de los derechos fundamentales a partir de una situación propia:

a) El derecho de las comunidades, cuyo ejemplo más notable lo representa la Comunidad Económica Europea, entiende que el respeto a los derechos básicos

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos, O.C. 2/82 del 24 de diciembre de 1982, serie A, número 2, párrafo 29.

constituye una parte integral de sus fundamentos y principios. A este fin, destina un Tribunal de Justicia (la Corte con sede en Estrasburgo) cuya finalidad tuitiva consiste en garantizar los derechos humanos a los miembros de la Comunidad.

b) la dimensión continental, que ocupa a la Organización de los Estados Americanos, es otra vertiente de lo expuesto; sobre todo a partir de 1959 cuando se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, en especial, desde que fue suscrito el Pacto de San José de Costa Rica.

Similar inspiración cuenta la Carta de Addis Abeba, que origina la Organización para la Unidad Africana; como la Liga de Estados Árabes, fundada en 1968.

c) la dimensión transnacional, pensada por la Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya, refleja una corriente más en la promoción de estos derechos.[24]

10. *La interpretación judicial de los derechos humanos*

El diseño constitucional de muchos países pone a los Tratados en una categoría inferior a la misma ley fundamental lo que no impide que, ratificado un convenio, deba dársele cumplimiento inmediato por lo dispuesto habitualmente en las cláusulas de supremacía, como por el artículo 27 de la Convención de Viena.

Las reservas comunes que las naciones realizan cuando aceptan la vigencia interna de un instrumento como los descritos anteriormente, tanto como —en su caso— la competencia y jurisdicción de los organismos de tutela, pone de relieve el carácter infraconstitucional de estos convenios sobre derechos humanos.

La cuestión que hay que clarificar estriba en que muchos de los derechos humanos, que vienen a incorporarse al orden jurídico interno, por lo común están ya incorporados en la Constitución y otros, si no lo estuvieran, seguramente estarían considerados como derechos implícitos.

¿Qué ha cambiado, entonces, en los derechos preexistentes?

Loewenstein emplea algunos términos que nos parecen útiles y sutiles para alcanzar una definición del planteamiento.

Al clasificar las constituciones habla de una clase de constitución ideológica-programática, en oposición a otra que denomina utilitaria.[25] La primera concierta, desde el plano de una ideología determinada, una serie de derechos a los que imprime una definida valoración, creencia, aptitud, etcétera. La segunda, resulta ascéptica y declama sus principios de organización estadual.

Casi como un fenómeno continental, las cartas magnas latinoamericanas se adscriben a la primera de las clasificaciones hecho que, no obstante, permite

24 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 10, p. 239.

25 Loewenstein, *op. cit.*, nota 17, p. 211.

visualizar genéricamente una parte dogmática poco teñida de manifestaciones estrictamente programáticas de una idea política determinada.

En el caso de Argentina, esa distinción es precisa y, aún más, sus principales modificaciones surgieron acompañando el fenómeno de la transformación social, más que por el impulso de una renovación doctrinaria.

Sin embargo, si las constituciones proclaman derechos fundamentales que se elevan sobre cualquier otra legislación, bien cierto es que la Convención Americana, como los demás instrumentos, perfilan un conjunto de derechos cuya axiología goza del consenso continental. Bien se apunta que

> los tratados internacionales sobre derechos humanos revisten carácter de derecho mínimo: lo de carácter 'mínimo' de la declaración de derechos contenida en los pactos puede entenderse en un doble sentido: por un lado, quiere decir que en ellos sólo se incluyen los derechos fundamentales y, aún así, en su contenido esencial, primario o básico; por otro lado, significa además que las fórmulas normativas tienen el detalle mínimo descripto de esos derechos y de su contenido, con elasticidad y generalidad lexicales para facilitar la ratificación y adhesión de los estados, de modo que el derecho interno de estos no tropiece con barreras demasiado rígidas y disponga de suficiente margen reglamentario interno compatible con la aludida apertura de las disposiciones normativas internacionales.[26]

Al compartir este criterio, fácilmente se colige que no existen tropiezos entre la Constitución y los derechos humanos incorporados al derecho interno. Estos siguen en el espíritu de la ley fundamental y requieren su puesta al día, a veces por analogía, otras por expresa reglamentación.

De uno u otro modo, lo cierto es que los derechos emergentes de las convenciones son declarativos de aptitudes que deben ser reconocidos sin demora a su simple pretensión, por ser principios de un orden que trasciende la voluntad del Estado cuando ésta se ha manifestado positivamente respecto a su reconocimiento.

Con lo cual volvemos a un círculo vicioso, pues si el Estado no los pone en ejercicio, no los interpreta adecuadamente o lo hace con sujeción a principios que no son naturales a su Constitución, podríamos pensar en inconstitucionalidad por omisión, o de incumplimiento con las garantías reportadas a los Estados Partes.

La interpretación política de los derechos humanos (distinta a la valoración proveniente de la jurisdicción), indica que la obligatoriedad de un derecho reconocido por una convención o tratado, depende del valor jurídico y jerárquico que, internamente, se asigna al valor susodicho.

Por ello es útil distinguir entre derechos programáticos y *self executing*, porque se elimina la posibilidad de ambigüedades provenientes de conveniencias políticas.

26 Bidart Campos, Germán J., *op. cit.*, nota 19, pp. 112-113.

La discrecionalidad para admitir un derecho determinado como fundamental no es habitual ni común en los instrumentos internacionales. El basamento que los involucra parte de la premisa del consenso generalizado, de manera que las diferencias han de hallarse en la aplicación interna, más que en la práctica institucional.

Se llega así a un problema superior, del cual hemos de insistir cuando analicemos el conflictivo tema del control de constitucionalidad de las leyes. ¿Qué deben hacer los jueces cuando deben aplicar y reconocer los fundamentos que pondera un derecho humano cualquiera?

En primer lugar, el tema obliga a reconocer cierto deber negativo del Estado, que le reporta la obligación de abstenerse de ejecutar o provocar actos que atenten contra las libertades fundamentales.

Seguidamente, los poderes Legislativos cumplen la función de adecuar las necesidades del medio y la sociedad brindándoles, a través de una norma expresa, los derechos que reclaman para su justo ejercicio.

La jurisdicción, por su parte, tiene el deber de ofrecer un proceso adecuado, que posibilite un acceso sin restricciones, un recurso efectivo, un litigio sustanciado sin sofismas rituales, y un pronunciamiento que tienda a aplicar los derechos superiores que hacen a la conformación humana y a su dignidad.

Queremos expresar con ello, que los derechos humanos cuentan con cierta supremacía (superlegalidad según el léxico constitucional francés) de manera que, como dice Bidart Campos

> Si para nuestro tema atendemos al derecho internacional de los derechos humanos (tratados, pactos, convenciones, etcétera, con un plexo global, o con normativa sobre un fragmento o parcialidad) decimos que en tal supuesto el derecho internacional contractual está por encima de la Constitución. Si lo que queremos es optimizar los derechos humanos y si conciliado con tal propósito interpretamos que las vertientes del constitucionalismo moderno y del social se han enrolado —cada una en su situación histórica— en líneas de derecho interno inspiradas en un ideal análogo, que ahora se ve acompañado internacionalmente, nada tenemos que objetar (*de lege ferenda*) a la ubicación prioritaria del derecho internacional de los derechos humanos respecto de la Constitución.[27]

11. *La significativa incidencia de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*

Ha sido el juez de la Corte Interamericana, D. Niceto Navia, quien dedicó buena parte de sus esfuerzos para destacar la importancia de la Convención de

27 Bidart Campos, Germán J., *op. cit.*, nota 11, p. 362.

Viena sobre el régimen de los tratados internacionales en lo relativo a la interpretación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.[28]

Decía entonces que

> Sin que sea posible, en definitiva, separar radicalmente esos medios (los medios de interpretación), es necesario definir la importancia relativa que tiene el texto del tratado (interpretación literal integral), el objeto y fin del mismo (interpretación teleológica) y la que tiene en cuenta la intención de las partes.[29]

Con lo cual aparece una condición diferente en la inteligencia que debe asignarse a los derechos humanos respecto de los mecanismos tradicionales de interpretación.

Uno de estos significativos implementos lo aporta la Convención de Viena, sobre todo cuando en el artículo 31 establece que: "todo Tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objetivo y fin".

El párrafo segundo agrega la importancia de los Preámbulos en la integración exegética, y el artículo 31.3 apartado b destaca que "se tomará en cuenta, de acuerdo con el contexto... cualquier práctica posterior en la aplicación del Tratado que establece el acuerdo en cuanto a la interpretación entre los partidos".

Tanta es la preocupación por el mecanismo de desmenuzamiento de los Tratados que el artículo 32 permite recurrir a medios suplementarios de interpretación, incluyendo los trabajos preparatorios (interpretación histórica) y las circunstancias de su adopción.

La Corte Interamericana ha sostenido que

> Este método de interpretación se acoge al principio de la primacía del texto, es decir, a aplicar criterios objetivos de interpretación. Además, en materia de Tratados relativos a la protección de los derechos humanos, resulta todavía más marcada la idoneidad de los criterios objetivos de interpretación, vinculados a los textos mismos, frente a los subjetivos, relativos a la sola intención de las partes, ya que tales tratados, como lo dijo esta Corte, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes, sino que su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes.[30]

28 Navia, Niceto, "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados en su aplicación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Derechos Humanos de las Américas*, OAS, 1985, p. 272.

29 Navia, Niceto, *op. cit.*, nota 26, p. 273.

30 O.C. 3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A, núm. 3, párrafo 50, sobre restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Ver en el mismo sentido, O'Donnell, Daniel, *op. cit.*, nota 21, pp. 33-34.

CAPÍTULO II

DIFICULTADES PROCESALES EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

12. Aclaraciones preliminares 35
13. Mecanismos procesales de asistencia 36
14. Principales derechos humanos "procesales" o garantías 37
15. La independencia e imparcialidad del órgano interviniente..... 40

16. Agotamiento de los recursos internos 41
17. Legitimación procesal 49
18. La admisión de denuncias 56
19. La prueba y su valoración en los procesos de denuncia por violación de derechos humanos 63
20. Las decisiones jurisdiccionales y su obligatoriedad 66

CAPÍTULO II

DIFICULTADES PROCESALES EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

12. *Aclaraciones preliminares*

En la sección anterior tuvimos oportunidad de señalar cómo los derechos humanos fueron incorporándose positivamente en los sistemas jurídicos, observando al mismo tiempo cuáles eran los principales obstáculos sociales y políticos que encontraban a su paso.

Interesa puntualizar en el desarrollo la singularidad que presenta el fenómeno de la interpretación, que fue atendida solamente desde una perspectiva ideal, fuera del contexto que le marca su emplazamiento y realidad coexistencial.

Ya en materia, podemos abordar otra de las aristas que tiene esta vinculación entre los derechos humanos y el derecho procesal constitucional. Nos referimos, precisamente, a la tutela o protección procesal de los derechos humanos.

Escapamos ahora del encuadre ideal para entrar en la praxis, en la realidad vivencial que el sistema afronta.

Para ello, el título que hemos dado a este capítulo no resulta absolutamente cierto. No son justamente dificultades las que tienen los mecanismos procesales de asistencia, sino formas tendentes a impedir una frontal colisión entre los organismos internacionales o supranacionales y los gobiernos de los Estados denunciados.

Por tanto, cuando advertimos obstáculos no será conclusión posible deducir que ellos lo sean sino, más bien, manifestaciones procesales que desenvuelven alternativas internas y recaudos de admisibilidad tendentes a conseguir que el Estado obtenga directamente la tutela o protección efectiva, evitando la actuación de los cuerpos de justicia transnacional.

Asimismo, no cabe olvidar que las particularidades señaladas atienden sólo un aspecto de la cuestión: la posible violación de los derechos humanos por un Estado. La defensa concreta de los derechos del hombre no debe obviar la repercusión fatídica de hechos violentos emergentes del terrorismo, o de la actuación de corporaciones internacionales con sus campañas de política social que impiden el derecho al desarrollo, o bien, de factores extraños al comportamiento

gubernamental, pero francamente insidiosos con los principios supremos fundamentales que en estos pasajes hemos de reseñar.

Por otro lado, también son dificultades las problemáticas provenientes de la interpretación y, en definitiva, todas las polarizaciones doctrinales sobre las implicaciones que producen las instituciones procesales en el marco de protección de los derechos humanos.

13. *Mecanismos procesales de asistencia*

No consideramos aquí los instrumentos que aportan cada uno de los documentos suscritos para la defensa de los derechos humanos. Por lo tanto, con la simple intención de sistematizar genéricamente los remedios procesales se procurará bosquejar un cuadro esquemático.

Los derechos humanos se protegen, en primer término, con los medios procedimientos ordinarios que tenga la legislación nacional. Vías que se encuentran reglamentadas por los códigos procesales y demás leyes comunes que admitan utilizar reglas técnicas de defensa y prueba (v. gr.: procesos ordinarios de conocimiento, procedimientos penales, contencioso administrativos, etcétera).

En segundo lugar, las garantías del derecho procesal insertas en las cartas fundamentales; por ejemplo, la consideración del derecho al debido proceso, esto es, los requisitos y formalidades del correcto y legal enjuiciamiento.

Seguidamente, los procesos específicos que contengan las constituciones, tales como el habeas corpus, amparo, recursos de inconstitucionalidad, de protección, etcétera; es decir, instrumentos de mayor avance a las reglas técnicas ordinarias que, por su flexibilidad y adaptación a los derechos que protegen, sugieren una eficacia superior. Genéricamente se los denomina procesos constitucionales.

Finalmente, el control de las supremacías por los órganos de aplicación, mecanismo que pondera la utilidad de la interpretación constitucional en la determinación y alcance efectivo de los instrumentos de promoción y defensa de los derechos humanos.

Claro está que cada figura típica del procedimiento debe encauzarse ante un tribunal competente y específico, lo que obliga a prestar atención a los jueces capacitados para ello.

En tal sentido, pueden hallarse varios tipos de organismos jurisdiccionales y otros de naturaleza administrativa. Por ejemplo, existen 1) organismos internacionales (Corte Internacional de Justicia con sede en La Haya), continentales (Corte Interamericana de Derechos Humanos), comunitarios (Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo) y locales (Tribunales Constitucionales); 2) organismos que son creados a través de Tratados (Comisión de Derechos Humanos de la ONU) y/o Convenios Internacionales; 3) organismos

políticos (Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas) y no políticos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos); especializados (Subcomisión de prevención de discriminación y protección de minorías) o no; 4) organizaciones particulares (*Amnisty International*, Liga para la Defensa de los Derechos Humanos, etcétera), sean internacionales o locales; 5) organismos locales (Defensor del Pueblo u *ombudsman*), específicos (Procuradurías, Defensa del consumidor, entre otros) o de competencia generalizada (tribunales ordinarios).

Esta pluralidad de organismos, si bien propicia, por sus fines y modalidades, dificulta la tarea de individualización del que resulte competente, sin que las reglas procesales para la identificación jueguen operantes en el caso.

La obligatoriedad que tengan las decisiones de cada órgano interviniente seguramente indicará una fuente natural de recurrencia por la lógica conveniencia que supone al peticionante.

14. *Principales derechos humanos "procesales" o garantías*

Evidentemente, la noción de debido proceso encolumna y dirige el señalamiento sobre cuáles son los principales derechos humanos que, reconociendo su condición procesal, deben protegerse sin distinciones por cualquier ordenamiento adjetivo y sustancial.

Corwin, más de una vez, señaló que la noción tenía un contenido vago, impreciso y variable y, como tal, cuando la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica invocaba su doctrina, en realidad ofrecía una decisión de carácter político más que un pronunciamiento legal.[31]

No obstante, el concepto ha perfilado una serie de condiciones generales (proceso justo, igualitario y público, entre otros) y específicos (tribunal independiente, asistencia letrada, sin restricciones de acceso, con posibilidades efectivas de prueba, de apelar el fallo, etcétera), sin perjuicio de definiciones mucho más puntuales como las que requiere el proceso penal (presunción de inocencia, prueba obtenida legítimamente, sentencia razonada y fundamentada, *non bis in eadem*).

Prácticamente, en cuanto aquí interesa, el derecho al debido proceso lo establecen todos los instrumentos caracterizados en la defensa de los derechos del hombre.

En efecto, la Declaración Universal sostiene en el artículo 8° que: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales com-

31 Corwin, Eduard, *The president office and powers*, 1941, p. 295. Ver Carrillo Flores, Antonio, *Estudios de derecho administrativo y constitucional*, México, UNAM, 1987, p. 86.

petentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley". El artículo 10 agrega: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación en materia penal".

La Declaración Americana lo refleja en el artículo 25 en estos términos:

> Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Con mayor detalle, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en el artículo 2.3:

> Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:
>
> a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
>
> b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso y desarrollará las posibilidades del recurso judicial;
>
> c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

El artículo 14.1 a su vez, completa lo indicado y dice:

> Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

Finalmente, la Convención Americana no desatiende el precepto, y en el artículo 8.1 sostiene que:

> Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

El artículo 25.1 concreta:

> Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

La segunda parte de la norma (numeral 2) agrega que:

> Los estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

De los ordenamientos transcriptos se colige el interés por preservar el derecho al proceso y a que, en el mismo, se profundice la atención efectiva sobre los derechos humanos en juego.

La protección procesal de los derechos humanos impone en consecuencia, que exista un proceso adecuado a los fines que tutelar; por ello, la Convención Americana refiere a "cualquier recurso efectivo", y los demás instrumentos destacan la necesidad del recurso.

Los requisitos comunes al debido proceso son, entonces, el derecho a ser oído (acción o derecho de petición) por un tribunal constituido con anterioridad al reclamo (garantía del juez natural) o por cualquier autoridad competente que sea útil a la pretensión presentada (organismos administrativos o legislativos), que la denuncia reciba un tratamiento igualitario (derecho de igualdad y no discriminación) por un tribunal u organismo independiente (es decir, no sujeto a instrucciones) e imparcial (esto es, desvinculado de intereses particulares o beneficios directos); que el procedimiento sea público (porque la verdadera justicia se hace de cara al pueblo) a no ser que situaciones extraordinarias autoricen a considerar la privacidad; que el procedimiento no sea ritual ni solemne, fundamentalmente breve y sencillo (aun cuando deben respetarse las complejidades particulares del

caso); con plenitud en el derecho a la prueba y a que la misma sea valorada sin eufemismos; y, finalmente, que la sentencia que se dicte pueda ejecutarse (noción elemental que centra el carácter jurisdiccional del fallo en sus aspectos de conocimiento y ejecución *notio* y *executio*).

En síntesis, las garantías que reporta el derecho al debido proceso supone que sean efectivas y eficaces las cuestiones vinculadas al acceso, al procedimiento y al cumplimiento de la sentencia.

En materia punitiva, los principios se extienden; pero, además, agregan otros requerimientos tales como la protección relativa a la privación de la libertad corporal, a la imposición de penas (es decir, a los presupuestos que validen su determinación), a las protecciones relacionadas con el mismo procedimiento (inviolabilidad de la defensa, autoincriminación, beneficio de la duda), a la forma como se ejecutarán las penas (esto es, todo lo relativo al régimen carcelario, libertad bajo fianza, condena condicional, etcétera) y, esencialmente, a la garantía tuitiva de la libertad, que por su primacía obliga a una tutela judicial sumaria.

En este último aspecto cabe remitir a lo considerado en los artículos 10 y 11.1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; al artículo 25 de la Declaración Americana; al artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y al artículo 8 de la Convención Americana.

15. *La independencia e imparcialidad del órgano interviniente*

La necesidad de un órgano competente, independiente e imparcial consagra requisitos ineludibles para la constitución efectiva del debido proceso.

Por una parte, se establece la garantía del juez natural, es decir, la magistratura conformada con anterioridad al hecho que motiva la denuncia, y que ese mismo tribunal continúe en el conocimiento de la causa hasta la sentencia.

Por otro lado, la efectiva vigencia de las garantías contenidas en los artículos citados al final del parágrafo que precede, se asientan sobre la independencia y autonomía del Poder Judicial, porque responden al sistema tripartito de distribución del Poder, y es una consecuencia lógica que se deriva de la concepción misma de los derechos humanos. La Comisión Interamericana ha dicho que

> Si se busca proteger los derechos de los individuos frente a las posibles acciones del Estado, es imprescindible que uno de los órganos de ese Estado tenga la independencia que le permita juzgar tanto las acciones del Poder Ejecutivo, como la procedencia de las leyes dictadas y aun de los juicios emitidos por sus propios integrantes. Por tanto, se considera que la efectiva independencia del Poder

Judicial es un requisito imprescindible para la vigencia práctica de los derechos humanos en general.[32]

Es lamentable destacar que la Comisión ha condenado algunas prácticas concretas como violatorias del derecho a un tribunal independiente e imparcial, en casos donde fue advertido lo siguiente: el aceptar y acatar consignas provenientes del Poder Ejecutivo; el empleo de traslados o destituciones de jueces o amenazas de juicios políticos como sanción para sentencias que contrarían los intereses del gobierno; el nombramiento por el presidente de la República de los integrantes del Poder Judicial; la designación de magistrados por criterios políticos; la ausencia de garantías sobre la inamovilidad de los jueces; el nombramiento por autoridades militares del lugar de los jueces de distrito, y el reconocimiento del derecho de las autoridades policiales de pronunciar penas privativas de la libertad.[33]

La constitución de comisiones especiales para juzgar determinados casos constituye también una forma de violentar la garantía en estudio, siendo ello inadmisible, porque cualquier Constitución repudia ese procedimiento y ningún instrumento internacional lo tolera.

El desplazamiento sin causa de la jurisdicción (como facultad de juzgar) tuvo ejemplos manifiestos como el caso de Argentina en los años 80, cuando el informe de la Comisión Interamericana señaló que los tribunales militares estaban compuestos por oficiales de las Fuerzas Armadas que estaban comprometidos institucionalmente en la lucha contra los delitos que, como jueces, tenían el deber de juzgar, por lo cual no ofrecían garantía alguna sobre su independencia de criterio.

De todos modos el concepto obliga a profundizaciones más extensas que no son motivo de este ensayo, porque la independencia jurisdiccional contempla tres problemas de singular relieve. En primer lugar, acontece resolver el mecanismo de constitución del Poder Judicial; luego, enmarcar el ámbito de su competencia; seguidamente, habrá de encontrarse la libertad que tenga para decidir, para recalar, finalmente, en la misión que deba cumplir en términos sociopolíticos.[34]

16. *Agotamiento de los recursos internos*

Aun cuando en la defensa de los derechos humanos el objeto que origina el proceso difiere de lo que conocemos como proceso común, se encuentra condi-

32 Informe Cuba (1983), p. 67, párrafo 2; en O'Donnell, Daniel, *op. cit.*, nota 21, p. 157.

33 En O'Donnell, Daniel, *op. cit.*, nota 21, p. 158.

34 En extenso: Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Civil*, t. I (Teoría general del derecho procesal), volumen 1 (Jurisdicción, acción y proceso), Buenos Aires, Ediar, 1992, p. 189.

cionado —por vía de principio— al agotamiento de los recursos internos para abrir su instancia.

Podríamos decir que, en tal caso, la *litis* se convierte en suplementaria del control previo sobre los derechos humanos.

No es el caso retomar los fundamentos que habilitan establecer aquella exigencia, basta con destacar que la intervención del organismo internacional queda sometido en su actuar hasta que la jurisdicción local haya emitido su definitivo pronunciamiento.

El agotamiento de los recursos internos se convierte así en el primer presupuesto que plantea la competencia de los organismos supranacionales; por ejemplo, la Corte Interamericana con el agregado que, para llegar a esta circunstancia, también será preciso contar con lo obrado por la Comisión, tal como veremos inmediatamente.

El artículo 46.1 a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece como recaudo de admisibilidad de las peticiones o comunicaciones que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios de derecho internacional generalmente reconocidos.

Esta regla general reconoce excepciones previstas por la propia Convención en su artículo 46.2, cuando:

> a) no exista en la legislación interna del Estado que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;
>
> b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y
>
> c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

De la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos surgen algunas precisiones en torno a la regla del previo agotamiento de los recursos internos que es importante recordar aquí.

Esta pauta consagrada por el derecho internacional clásico en el caso de daños a extranjeros con el fin de posibilitar el ejercicio de la protección diplomática "está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios".[35]

Este orden de ideas se traduce en la inserción de la regla en la Convención Americana como requisito a los fines de la admisibilidad de una denuncia por la Comisión. Su observancia, en tanto que parte del sistema de protección instaurado por la Convención, es en principio la regla, toda vez que dicho sistema "re-presenta los límites y condiciones dentro de los cuales los

35 Corte I.D.H., caso Viviana Gallardo y otras, núm. G 101/81, serie A, párrafo 26.

Estados Partes han consentido en responsabilizarse internacionalmente de las violaciones de que se les acuse" y por ello corresponde a los órganos del sistema "garantizar la protección internacional que establece la Convención, dentro de la integridad del sistema pactado por los Estados".[36]

Sin embargo, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la regla también responde al interés de las víctimas "de que se les proteja y asegure el pleno goce de los derechos que tienen según la Convención",[37] por ello "tanto la Corte como la Comisión, deben preservar para las víctimas de las violaciones de derechos humanos la totalidad de los recursos que la Convención otorga para su protección".[38]

Por ello, "el Estado que alega el no agotamiento tiene a su cargo el señalamiento de los recursos internos que deben agotarse y de su efectividad".[39] Consecuentemente, "corresponderá a la parte contraria demostrar que esos recursos fueron agotados o que el caso cae dentro de las excepciones del artículo 46.2".[40] A título de criterio residual, cabe recordar que "no se debe presumir con ligereza que un Estado parte de que la Convención ha incumplido con su obligación de proporcionar recursos internos eficaces."[41]

La práctica desarrollada por la Comisión, como instancia internacional no jurisdiccional de contralor de las obligaciones asumidas por los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puede ser caracterizada, *prima facie*, como tendentes a considerar la regla del agotamiento de los recursos internos como un derecho de la víctima y del Estado.

De esta suerte, en general, la Comisión no es proclive a desestimar presentaciones o denuncias *in limine* por no haberse agotado los recursos internos sino que, por el contrario, propicia su agotamiento. Esta actitud se materializa a través del pedido de información adicional al gobierno y/o al denunciante sobre la disponibilidad e individualización de los recursos a ser agotados.

En todo caso, el rasgo más relevante de la práctica convencional de la Comisión es su inveterada posición de considerar la cuestión de la admisibilidad en función del agotamiento de los recursos internos junto con el fondo del asunto a ella planteado.

Esta óptica parece compartida por la Corte en los casos en los que "dada la imbricación del problema de los recursos internos con la violación misma de

36 *Ibidem*, párrafo 16.

37 *Ibidem*, párrafo 13.

38 *Ibidem*, párrafo 15.

39 Corte I.D.H., caso Velásquez Rodríguez, excepciones preliminares (sentencia del 26 de junio de 1987), párrafo 87.

40 Corte I.D.H., caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 60.

41 *Ibidem*, párrafo 60 *in fine*.

derechos humanos, es evidente que la cuestión de su previo agotamiento debe ser considerada junto con la cuestión de fondo".[42]

Otro aspecto interesante del tratamiento brindado al requisito del previo agotamiento de los recursos internos por la Comisión surge de los denominados "casos generales". Ellos comprenden situaciones de violaciones generalizadas a los derechos humanos en las que no resulta verosímil considerar la eficacia de los recursos internos, razón por la que el requisito no es exigido por la Comisión.

Resulta, pues, que los denominados "casos generales" se refieren a prácticas institucionales de violación a los derechos humanos en las que no existen recursos eficaces para ser agotados.

1) La situación del carente de recursos

En ocasiones el problema se presenta con la situación del carente de recursos, quien, a pesar de contar con mecanismos internos de asistencia jurídica de pobreza, no utiliza el remedio y deja sin solución local la presunta violación de sus esenciales derechos como hombre.

En otras, debe atenderse el caso de quien no accede a la justicia por falta de abogado en razón de un clima de temor que impide el libre ejercicio profesional.

Ambas situaciones permiten inferir que el tema que se ventila es el derecho de acceso a la justicia, o lo que se denomina derecho a la jurisdicción.

Por derecho a la jurisdicción cabe entender el derecho de toda persona de ocurrir ante el Poder Judicial en procura de justicia, de satisfacción a una pretensión que se estima legítima y conforme a derecho. En este orden de ideas, el debido proceso legal es el conjunto de garantías procesales que reglamentan e implementan el derecho a la jurisdicción.

Un tercer aspecto se incorpora a los dos antes reseñados formando una tríada esencial a los fines del respeto debido a los derechos humanos. Se trata de la obligación del Estado a proveer una administración de justicia a través de un Poder Judicial independiente y conforme a procedimientos determinados, del que tratamos anteriormente.

De esta suerte, administración de justicia, derecho a la jurisdicción y debido proceso son tres elementos que, en unión simbiótica, deben encontrarse al alcance de toda persona en un régimen de respeto a los derechos humanos siendo a ellos aplicables los principios de igualdad y de no discriminación.

Dada la efectividad del sistema judicial de protección a los derechos humanos, la regla del agotamiento de los recursos internos —enunciada en el artículo 46.1 a) de la Convención Americana— resulta de inexorable cumplimiento. Existen, empero, circunstancias estructurales o coyunturales en las cuales esta

42 *Supra* 17, párrafo 93.

regla no es exigida a los fines de la admisibilidad de una denuncia internacional. De ellas trata el artículo 46.2 del pacto de San José.

La excepción mencionada en el artículo 46.2. a) —la inexistencia en la legislación interna del Estado de que se trata del debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados— supone que el Estado parte en la Convención ha inobservado los artículos 8, 25, 1 y 2 de ésta. Consecuentemente, si se verifica la situación contemplada en el artículo 46.2 a), las circunstancias planteadas trascienden los casos específicos del indigente y del individuo carente de patrocinio letrado en virtud del clima de temor generalizado, toda vez que aun con disponibilidad de recursos económicos y de asistencia legal tampoco resultaría factible el ejercicio del derecho a la jurisdicción.

La situación particular en que se encuentra una persona indigente que, por ello mismo, no puede asumir los costos económicos que implica un proceso judicial, incluidos los honorarios profesionales, ha sido considerada por la Corte Europea de Derechos Humanos.

El artículo 6.1 del Convenio de Roma de 1950 dispone que:

> Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá sea sobre sus derechos y obligaciones civiles, sea sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...

En una formulación que fuera tenida en cuenta al redactar el artículo 8.1 de la Convención Americana, cuyo texto expresa que:

> Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

De la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos surgen importantes precisiones relativas al alcance del artículo 6.1. del Convenio de Roma:

El Tribunal de Estrasburgo ha sostenido que "el artículo 6, párrafo 1, no proclama expresamente un derecho de acceso a los tribunales", sin embargo, "el derecho de acceso constituye un elemento inherente al derecho enunciado en el artículo 6, párrafo 1... (que) se funda... en los mismos términos de la frase primera del artículo 6, párrafo 1, interpretada en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y finalidad del tratado-norma que es el Convenio".[43]

43 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Golder, sentencia del 21 de febrero de 1975, párrafo 28.

El Convenio persigue

> la protección de los derechos considerados no en sentido teórico o ideal sino como derechos reales y efectivos. Esto es singularmente claro en relación con el derecho de acceso a los tribunales a la vista del papel preeminente que una sociedad democrática tiene al derecho a un juicio justo.[44]

El deber del Estado de asegurar el derecho a un efectivo acceso a los Tribunales implica acciones positivas por parte del mismo.

"En algunos casos, la posibilidad de comparecer personalmente ante un Tribunal sin siquiera la asistencia de letrado cumplirá los requisitos del artículo 6, párrafo 1... En realidad depende sobre todo de las circunstancias concretas";[45] por ello,

> puede en ocasiones competer a un Estado proveer de esa asistencia jurídica cuando se demuestre el carácter indispensable de ésta para un acceso efectivo ante los Tribunales, ya sea porque legalmente se exija la asistencia de letrado, como ocurre en los ordenamientos internos de algunos de los Estados contratantes para determinados tipos de procesos, ya sea por la complejidad del procedimiento o del caso.[46]

Pese a que la Corte Europea señala que no es función suya indicar, y menos aún dictar, las medidas que han de tomarse para lograr la efectividad del derecho de acceso, toma nota de que uno de esos medios es la instauración de un sistema de asistencia jurídica gratuita, otro, una simplificación del procedimiento.

2) El caso de la falta de abogado

La segunda situación planteada a la Corte es la relativa al reclamante que hace una petición directamente ante la Comisión aduciendo que no ha podido conseguir un abogado que lo represente en razón del ambiente de temor imperante, que conduce a los abogados a no aceptar casos por estimar que ello pone en peligro su propia vida y la de sus familiares.

En general, situaciones de este tipo se observan en contextos en los que imperan regímenes *de facto* que generan climas de arbitrariedad y de represión en perjuicio de la buena administración de justicia y del debido proceso legal. Así lo ha constatado la Comisión en sus informes sobre la situación de los derechos

44 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Airey, sentencia del 9 de octubre de 1979, párrafo 24.

45 *Ibidem*, párrafo 26.

46 *Ibidem*, párrafo 26.

humanos en distintos países miembros de la OEA en diferentes momentos históricos.

El informe hecho a instancia de la Comisión de Derechos Humanos de la OEA, por el gobierno de la República Argentina permite considerar estos aspectos.

1. En un contexto de vigencia del Estado de Derecho, en el cual, en principio, se presume la vigencia de las instituciones democráticas y la observancia de los compromisos contraídos a través de la Convención Americana:

a) Si bien corresponde al gobierno, en contra del cual se dirige la petición, demostrar a la Comisión que los recursos internos no han sido previamente agotados, cuando el peticionario alegue la imposibilidad de acceso a la justicia, se invierte la carga de la prueba.[47]

b) La determinación de la disponibilidad del peticionario de lograr patrocinio letrado es una cuestión de hecho.

c) A los fines de esta determinación, la Comisión puede evaluar no sólo las pruebas ofrecidas por el denunciante en confronte con las aportadas por el Estado, sino también todo otro elemento de prueba legal y legítimamente obtenido por ella.

d) En este hacer, debe tenerse presente que el rechazo ocasional del patrocinio por un abogado no es prueba concluyente.

e) Eventualmente, y en la medida en que disponga de información, la Comisión puede señalar al peticionario los servicio de asesoramiento y patrocinio jurídicos que existan en el Estado de que se trata; a estos fines, la Comisión puede recabar la cooperación de los Estados Partes para que le provean información actualizada periódicamente.

f) La disposición del artículo 46.2 b) debe ser objeto de interpretación restrictiva, pero en función del caso concreto planteado a la Comisión.

2. En un contexto de caso general, si el peticionario acredita la imposibilidad del ejercicio de su derecho de defensa por no haber tenido patrocinio letrado, como una anomalía de un proceso sustanciado:

a) La Comisión puede considerar la petición como un "caso grave y urgente" a tenor del artículo 48.2 de la Convención toda vez que el peticionario no goza de la defensa de letrados ni de las garantías judiciales necesarias para su defensa en juicio.

3. En un contexto de caso general, si el peticionario alega la imposibilidad de lograr abogado en un proceso que empezó o está empezando a sustanciarse:

a) La Comisión debe recabar todo elemento de prueba legal y legítimo que le permita acreditar la situación que se alega.

b) Si del análisis precedente surgen indicios suficientes de que la imposibilidad de acceso a la justicia por falta de abogado ha comenzado a consumarse, la Comisión puede extremar las facultades que para los casos graves y urgentes le otorga el artículo 48.2 de la Convención a los fines de determinar las vías concretas para evitar la configuración de una violación flagrante a los derechos humanos.

c) En este orden de ideas, una interpretación dinámica y teleológica de los poderes otorgados a la Comisión por la Convención Americana, en especial el

47 OEA/ser L./V/II.49 doc. 20, 11 de abril de 1980, p. 291; "Plight of defence lawyers in Argentina", *The Review International Comission of jurists*, 14 de junio 1975, pp. 1-3.

artículo 48.2, eventualmente la facultaría para solicitar, por ejemplo, el consentimiento del Estado de que se trata para el envío de un representante suyo como observador del proceso.

En la opinión consultiva número 11, la Corte Interamericana alcanzó estas conclusiones:

1. Es admisible la petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando los recursos de jurisdicción interna no pueden ser agotados porque no están disponibles por una razón legal o por una situación de hecho.

2. Cuando la asistencia jurídica sea necesaria por razones legales o de hecho para que un derecho sea garantizado y reconocido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y no se pueda obtener por razones de indigencia, o cuando por esta causa no se puedan costear los gastos de tramitación de la causa, es procedente la exención del cumplimiento del requisito de agotamiento previo de los recursos de jurisdicción interna.

3. Hay discriminación por razones económicas que coloca en condiciones de desigualdad ante la ley cuando quien pretende hacer valer los derechos, que la Convención le garantiza, no puede hacerlo porque no puede pagar la asistencia letrada necesaria o los costos del proceso.

4. Si no es posible obtener asistencia legal debido al temor generalizado de los abogados que no aceptan casos porque ello puede hacer peligrar su vida o la de su familia, no puede exigirse el agotamiento de los recursos internos.

5. La "protección de la ley" la constituyen, básicamente, los recursos que ésta dispone para la protección de los derechos garantizados por la Convención, lo cual implica el deber de los Estados parte de organizar el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras por las que se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

6. El concepto de debido proceso en casos penales incluye "garantías mínimas", a las que en circunstancias específicas puede ser necesario sumar otras adicionales si se trata de un debido proceso legal.

7. Si bien la Convención no especifica "garantías mínimas" para los órdenes civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter que no sea penal, el concepto de "debidas garantías" se aplica también a dichos órdenes.

8. El deber de los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención implica la obligación de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan impedir el disfrute de tales derechos.

9. Cuando se demuestra que los recursos son rechazados sin llegar al examen de la validez de los mismos, o por razones futiles, o si se comprueba la existencia de una práctica o política ordenada o tolerada por el poder público, cuyo efecto es el de impedir a ciertos demandantes la utilización de recursos internos que, normalmente, están al alcance de los demás, acudir a éstos es una formalidad carente de sentido, que haría inadmisibles las excepciones del artículo 46.2 de la Convención.

10. La tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos

constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención, que exime del cumplimiento de tal requisito.

11. Si un Estado parte ha probado la disponibilidad de los recursos internos, el reclamante debe demostrar que son aplicables las excepciones del artículo 46.2 de la Convención, y que se vio impedido de obtener asistencia legal necesaria para la protección y garantía de derechos en la misma.[48]

3) Renuncia del Estado al agotamiento de la vía interna

El requisito de tránsito local es, como fue señalado, un beneficio en favor del Estado por cuanto le permite solucionar en su fuero el conflicto suscitado. Por ello, si resulta que es el propio Estado quien plantea el problema, puede eximirse de tal condición de admisibilidad (artículos 45, 61.1 y 62 del pacto de San José).

El caso "Viviana Gallardo" fue explícito al respecto, indicando, precisamente, que el Estado puede renunciar al agotamiento interno; en tal caso, debe hacerlo constar expresamente.

17. *Legitimación procesal*

Si existe una dificultad mayúscula —aún sin resolver— que consigue por su perseverancia reflejar la distancia entre el hombre común y la justicia (jurisdicción), ella no es otra que los problemas del acceso a la justicia.

Acceso que supone no sólo estar, sino mantenerse en la instancia judicial (nacional o supranacional) para lograr un pronunciamiento determinado que resuelva en derecho la crisis que se afronta y padece.

El derecho procesal, particularmente, reconoce el *déficit* en la legitimación. Exigencia que día a día polariza aún más las distancias entre la justicia y la razón respecto a la mal llamada seguridad jurídica o, en otro sentido, protección internacional de los Estados.

Afortunadamente, la sabia lectura que del suceso han hecho distintos jueces que no fueron "fugitivos de la realidad" llevaron a consagrar doctrinas como las del exceso ritual manifiesto (que evita fomentar solemnidades inútiles), la arbitrariedad de las sentencias (propiciando la adecuada fundamentación en derecho de los pronunciamientos jurisdiccionales), la gravedad institucional (permitiendo el conocimiento judicial en asuntos que, por su importancia extrema, reclaman la interpretación del juez aun sin contar con los requisitos de admisibilidad corrientes); sin olvidar las colaboraciones reportadas por las apelaciones *per saltum*

48 Con amplitud hemos abordado la problemática en nuestra obra, Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 6, pp. 51-63.

(saltos de instancia que evaden el tránsito corriente por las jerarquías judiciales) y el mismo *certiorari*.

Sin embargo, las encuestas apabullan: la justicia se aleja a pasos agigantados de las necesidades del hombre común. Hasta pareciera querer atrincherarse entre fronteras sólo accesibles a privilegiados.

Los códigos adjetivos no colaboran para resolver la crisis, y podríamos afirmar que son —muchas veces— la causa misma de las calamidades.

Si hablamos de acceso a la justicia, la problemática podría expandirse a numerosos acontecimientos de urgente solución; pero, en particular, queremos apuntar el fenómeno reflejado en los problemas de la legitimación procesal y de la justificación de la personalidad, en supuestos donde se encuentra debatida la protección procesal de los derechos humanos.

En efecto, adviértase que la justicia ordinaria antes de anudar cualquier relación jurídica procesal, exige acreditar el interés jurídico que se persigue tutelar.

Si ese interés no fuera propio, ni directo, seguramente la vía estaría cancelada *ipso facto*. Es decir la exigencia del derecho subjetivo en cabeza de quien reclama es un requisito ineludible para lograr poner en marcha el aparato de la jurisdicción.

Cuando el interés no es directo, pero resulta legítimo, la vía judicial no tiene respuesta porque cancela *ab initio* la posibilidad del inicio. Sólo en procedimientos administrativos se respeta el derecho a ser oído, cuando el reclamo no es propio.

Qué decir de los intereses simples, o de aquéllos que se han tildado como difusos (que no tienen pertenencia por ser globales o mancomunados), que directamente juegan su suerte en instituciones procesales de excepción, como el amparo o las protecciones cautelares.

Debe comprenderse qué flaco favor se hace a la justicia social —en sentido fundacional— con ello, porque lo único que se logra es alejarla de aquéllos a quienes va dirigida.

No se trata de difundir criterios aperturistas alejados de una posible consagración en la práctica. Procuramos, nada más, propiciar un mecanismo previo de atención que evada los intersticios de la legitimación priorizando la situación —el hecho— que se presenta.

En materia de derechos humanos, el reflejo de estas doctrinas no es precisa. Incluso, los dos grandes organismos de protección supranacional (La Corte Europea y la Corte Interamericana) reciben de forma distinta el problema de la legitimación procesal. Mientras uno admite la presencia de particulares, el otro reconoce la representación a la Comisión Interamericana, en una suerte de personalidad difusa que no alcanza a justificarse por los motivos que se predican.

Centrado el problema de acceso, enseguida se advierten sucesivos repliegues que comenzando por la legitimación procesal culminan en reconocimientos trascendentes para la marcha del proceso, tales como acreditar la calidad de parte, y haber pasado los filtros de la personalidad suficiente.

No se trata aquí de observar si existen agravios al derecho constitucional de petición, o al derecho fundamental a un recurso sencillo y efectivo, sino de atender que para entrar a la jurisdicción se requiere ostentar una jerarquía muy elaborada y distante para el conocimiento general de los hombres.

El oficio de jurista —decía Carbonnier— es orientarse en este bosque, porque una máxima no escrita pretende presumir que las leyes son conocidas por todos (aun por quienes no tienen formación jurídica), y que ellas no pueden admitir pruebas de su desconocimiento involuntario. "Hay un involuntario desprecio hacia la realidad cuando se exige del hombre que sepa, por ciencia infusa, lo que cuatro años de Facultad y diez de práctica no siempre bastan para aprender".[49]

La incertidumbre del hombre debe asentarse en el fenómeno lógico que representa el conflicto intersubjetivo, esto es, la crisis que sufre ante otro o con una situación de derecho con la que entra en conflicto; pero jamás podría reposar en el derecho a obtener protección jurídica.

Ni las investigaciones de Hellwig, que construye una acabada teoría de la legitimación, ni las explicaciones de Chiovenda, aclarando el fenómeno de la sustitución procesal, fueron útiles para definir un criterio único de recepción al derecho vulnerado, debiendo señalarse entonces la urgente necesidad de encontrar otro rumbo a la legitimación procesal.[50]

Este nuevo diseño debería considerar, antes que las condiciones individuales requeridas para el acceso procesal a la justicia, las situaciones objetivas que se proponen analizar. La dinámica de las situaciones jurídicas subjetivas (derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple e intereses difusos) actúan independientemente en busca de reconocimiento y protección.

Se trata, en definitiva, de no hallar en el derecho la razón de petición, sino dar razón al derecho que expresa la misma situación de hecho.

El interrogante que nos formula esta cuestión se asienta en un *quid* indescifrable ¿cuándo un derecho humano afecta, agravia al hombre que lo padece, o a la sociedad toda que tiene esa garantía en juego?

En estos casos, se trata sobre todo de incidir efectivamente en el viejo esquema que busca primero al actor (es decir, si la persona que pide tiene la titularidad sobre el derecho), luego persigue la representación suficiente, y cae

49 Carbonnier, Jean, *Derecho flexible*, Madrid, Tecnos, 1974, p. 144.

50 En profundidad abordamos el problema en Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 10, pp. 165-181; y en Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "Teoría procesal de la legitimación", *La Ley*, 1989-B, p. 977.

finalmente en la posibilidad de defensa, o si es ella, la "justa parte" que el derecho procesal clásico nos ha enseñado y "marcado a fuego".

Bien ha dicho Cappelletti que

> Tradicionalmente, aunque quizá no siempre de una manera consciente, el problema de la legitimación para accionar en el proceso ha sido resuelto sobre la base de la neta división entre lo que es "público" y lo que es "privado", según lo cual por público (de *populus*) se entiende lo que está reservado al pueblo o al Estado (*res pública*), mientras que por privado se entiende lo que pertenece a la libre disponibilidad del individuo que es su titular... Pero esta regla y esta concepción, profundamente radicadas aún en muchas normas, principios e instituciones procesales, se muestran siempre menos aceptables. La *summa divisio* aparece irremediablemente superada por la realidad social de nuestra época, que es infinitamente más compleja, más articulada, más sofisticada, que aquella simplificadora dicotomía tradicional. Nuestra época, lo hemos visto ya, lleva prepotentemente a la escena nuevos intereses "difusos", nuevos derechos y deberes que, sin ser públicos en el sentido tradicional de la palabra, sin embargo son "colectivos": nadie es titular de ellos, al mismo tiempo que todos, o todos los miembros de un determinado grupo, clase o categoría son sus titulares....[51]

Esta posición, orientada a dar respuestas a la tutela jurisdiccional de los intereses difusos, puede proyectar extensiones en la dimensión que ocupa a los derechos humanos.

Evidentemente, la concepción privatista que tiene el proceso común no puede ser idéntica cuando se trata de defender o responder al reclamo por violación de los derechos humanos.

Es inevitable, por la temática, entrar no ya en el plano del derecho judiciario, *stricto sensu*, sino abarcar la honda sociología que trae al examinar un sinnúmero de fenómenos ideológicos que caminan al lado de los conceptos tradicionales.

La parte que acciona en defensa de un derecho superior lo hace no sólo en interés de sí misma, sino en favor de toda la colectividad, en una suerte de motivos preventivos, o directamente garantizadoras de los derechos que "a todos" pertenecen.

Por eso también el proceso (como controversia) no puede aparejarse con conceptos estrictos de bilateralidad y contradicción, porque ni la defensa esgrimida ni la contestación o resistencia esperada podrán bosquejar el desarrollo y estructura del procedimiento.[52]

51 Cappelletti, Mauro, "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XI núms. 31-32 (enero-agosto 1978), pp. 7 y 12.

52 Con mayor amplitud hemos desarrollado esta idea respecto a que el proceso transnacional de protección de los derechos humanos no puede considerarse un procedimiento de conocimiento ordinario, del tipo que encardinan los códigos rituales, Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 6.

Observemos más profundamente esta distinción. En el proceso civil (común u ordinario) la iniciativa le corresponde a quien alega un interés particular, excepcionalmente puede incoar el Ministerio Público, pero la regla es que toda acción responda al impulso que genera el interesado.

La demanda presentada en forma debida supone, para quien lo hace, además de un acto procesal de inicio de un procedimiento una verdadera carga ritual que respalda el principio de legalidad de las formas.

> Pero la iniciativa del proceso representa al mismo tiempo también el ejercicio de un derecho de la parte, esto es, el derecho a provocar el ejercicio de la jurisdicción con respecto a una situación jurídica en la que precisamente la misma está interesada, con la finalidad de obtener del Juez la protección de un interés propio amenazado o desconocido, la satisfacción de un derecho propio que se afirma insatisfecho.[53]

Esta relación entre la demanda y la parte (interesado) origina una serie de efectos procesales que enlazan instituciones diversas como la legitimación, la carga de la prueba, la cosa juzgada, etcétera.

También es verdad que toda esta suerte de secuencias ganadas a partir de la instancia traban el eterno problema de resolver la intimidad del derecho con la persona que porta el interés.

Se destaca así cómo resulta condición del éxito la consecuencia entre el derecho subjetivo y la titularidad de quien reclama, sin descontar la fundamentación que esboce y la idoneidad de su gestión procesal.

Si bien es cierto que hoy se observa una perfecta separación entre el derecho como expectativa de un bien y el proceso como medio de conseguirlo independientemente de la voluntad del adversario, también lo es que todo el proceso común ha trocado hacia una mutación real de sus intereses donde día con día vemos el progreso de la ciencia y el retorno a viejos ideales. Precisamente, en esta dicotomía se encuentra el proceso transnacional.

Veamos entonces —*in limine*— cómo opera la regla *ne procedat iure ex officio* en este proceso, y si son aplicables los principios generales.

En primer término, daremos por superada la polémica sostenida para determinar si el individuo puede o no ser titular de derechos subjetivos en el ámbito internacional, puesto que con la aparición de tribunales supranacionales queda afirmado el criterio que los reconoce como derechos de legítima tutela.

Lo interesante radica en observar que el reclamo impetrado por un particular ante el organismo de jurisdicción supraestatal es configurativo de una acción y de una pretensión, donde lo esencial estribará en resolver si hubo o no afectación de un derecho humano.

53 Liebman, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ejea, 1980, p. 110.

La legitimación procesal en el ámbito formidable de este proceso recibe y admite por extensión los principios generales, aún cuando no dejan de exteriorizarse fenómenos que aislan al perjudicado del centro de atención y sustanciación del juicio, con el consiguiente trastorno en el conocimiento de los derechos y otras variables del procedimiento.

De todos modos, el interés se confunde con el daño o perjuicio, especialmente, cuando el agravio se ubica en el plano de las garantías o libertades fundamentales.

No obstante, la presencia directa del damnificado ante la Corte Interamericana, entendida al respecto como Tribunal transnacional, no surge inmediatamente, por el contrario, su intervención es mediatizada a través de la legitimación activa que asume la Comisión Interamericana.

> Es decir que el legitimado (sustancial), el perjudiciado o lesionado, no tiene acceso directo, sino que debe presentarse ante la Comisión, y éste es quien lo representa ante la Corte. La Comisión es, entonces, el órgano del sistema internacional, cuyo objetivo es la defensa de los derechos del individuo. Lo que significa que, además de la protección de los derechos humanos individuales, lo que sirve de fundamento al sistema es la defensa del interés legítimo de la comunidad.[54]

Interesa apuntar que en la perspectiva actual del proceso, ya no se habla de "víctima", de modo tal que la denuncia se despersonaliza, pudiendo ingresar por parientes, amigos o entidades intermedias legalmente reconocidas.

La posibilidad de considerar legitimados a los organismos representativos que defienden derechos humanos, desplazando la idea asociada con la persona jurídica de derecho privado, implica un concepto distinto en la característica de la legitimación procesal y, sobre todo, en la calidad de "parte", tomada en la concepción clásica del procedimiento.

En cambio, la Convención Europea presenta una fisonomía diferente, porque permite a cualquier individuo recurrir al órgano de jurisdiccional transnacional cuando considere que sus derechos han sido lesionados por obra de un acto estatal —sin interesar si el mismo lo produce el Poder Legislativo, Judicial o Ejecutivo—.

La importancia de esta diversidad es trascendente, porque por vez primera se otorga a los propios ciudadanos el poder de acudir a un órgano judicial supraestatal; legitimación que debe ponderarse sobre la base de un *bill of rights* internacional.[55]

54 Vescovi, Enrique, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 537. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 6, p. 48.

55 Cappelletti, Mauro, "Justicia Constitucional Supranacional", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. XXVIII, núm. 110 (mayo-agosto 1978), p. 363.

Además, la amplitud concedida denota un espíritu crítico con los derechos que se tutelan, y una despersonalización de los derechos individuales tendentes, entonces, a la socialización de los derechos fundamentales. En otros términos, se proyecta hacia un derecho comunitario las supremacías fundamentales (constitucionales) internas de cada Estado parte, relegando en consecuencia las interpretaciones locales en miras a un servicio globalizador.

Estas formas de regular el derecho de acceso obliga a considerar la noción de "parte procesal", dadas las diversidades que señalamos.

La "intermediación" que asume la Comisión Interamericana como legitimado activo del proceso transnacional resulta uno de los aspectos más interesantes que conviene precisar.

Técnicamente, esta situación obraría como un caso de sustitución procesal, en el cual el organismo interestatal actúa por derecho propio, pero en interés ajeno.[56]

En el caso "Velasquez Rodríguez", la Corte Interamericana tuvo oportunidad de abordar ampliamente la problemática, al concluir que la víctima no era parte.

Sin embargo, el voto disidente del juez Piza Escalante distingue entre partes instrumentales, asignando este rol a la Comisión, y partes materiales, resultando en este caso los familiares del ser humano desaparecido.

Se colige en este voto minoritario, que las partes en sentido sustancial son el Estado como legitimado pasivo; y el denunciante como parte activa y titular de los derechos reclamados y, por ende, acreedor.

> La Comisión no es parte en ningún sentido sustancial, porque no es titular de derechos ni de deberes que hayan de ser o puedan ser declarados o constituidos en sentencia... a mi juicio —agrega el juez disidente—, lo único que la Convención veda al ser humano es la iniciativa de la acción (artículo 61.1), limitación que, como tal, es materia odiosa a la luz de los principios, de manera que debe interpretarse restrictivamente. En consecuencia, no es dable derivar de esa limitación la conclusión de que también le está vedado al ser humano su condición autónoma de parte en el proceso una vez que éste se haya iniciado... En lo que se refiere a la Comisión Interamericana que debe comparecer en todos los casos ante la Corte... ésta es claramente una parte *sui generis* puramente procesal, auxiliar de la justicia, a la manera de un ministerio público del sistema interamericano de protección de los derechos humanos....[57]

Esta discrepancia, ubicada como respaldo al movimiento del acceso a la justicia de manera franca y directa, controvierte la naturaleza jurídica de la legiti-

56 Vescovi, Enrique, *op. cit.*, nota 53, p. 537.

57 Ver considerando 40 del fallo citado. También, Hitters, Juan Carlos, "La Corte Interamericana y la condena al gobierno de Honduras (aspectos procesales)", *El Derecho*, Argentina, 129, p. 907.

mación al deshacer el concepto de derecho subjetivo aportando perfiles propios, fuera de toda consideración clásica.

Tal posición origina enredos y posiciones diversas, como la de Alcalá Zamora que ve en esta característica el desempeño de un típico Ministerio Público[58] o bien cuando Buergenthal la considera como una primera instancia judicial.[59]

Hitters entiende que el rol que asume la Comisión tiene una esencia *sui generis* que contiene varios de los componentes anunciados, aunque su principal perfil definitorio es que funciona para la promoción y protección de los derechos humanos y su accionar apunta, además, a que intervenga como encargada de controlar la admisibilidad de las causas destinadas a la Corte.

Desde esta vertiente agrega

> Podemos concebirla como un ente administrativo de protección y promoción de las potestades fundamentales del ser humano, que acciona como antesala —revisión de admisibilidad— del Tribunal. De ahí, entonces, que cuando se pretende detectar su "esencia", sea prudente dejar en claro que, como su actividad es multifacética, no es fácil encasillarla en un sólo criterio ordenador.
>
> De todos modos —finaliza Hitters— nos negamos a considerarla como una primera instancia con relación a la corte, pues ésta no es un superior jerárquico. Este órgano jurisdiccional no tiene la potestad de "revisar" lo decidido por la Comisión.[60]

18. *La admisión de denuncias*

La protección procesal de los derechos humanos tiene en estos pasajes un conflicto permanente, tanto cuando se denuncia la violación de derechos específicamente tutelados por los instrumentos internacionales como cuando ella es practicada por un individuo. En particular, distingue procedimientos diferentes que traen una nueva dificultad en el mecanismo de asistencia.

En efecto, es preciso diferenciar la denuncia particular de las denuncias conjuntas que versan sobre una situación general de violaciones sistemáticas, porque los organismos que pueden intervenir son sustancialmente distintos y, a veces, por su misma incompetencia, dejan incierta la seguridad que justamente se busca.

La Declaración Universal es un conjunto de principios que no tiene establecidos instrumentos procesales. Por lo tanto, este sistema carece de procedimientos

58 Alcalá Zamora, Niceto, *La Protección Procesal de los Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 1975, p. 108.

59 Buergenthal, Tomás, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y Documentos*, San José de Costa Rica, IIDH, 1986, p. 169.

60 Hitters, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 56.

tendentes a obtener su consagración efectiva. Las denuncias particulares no tienen, por esta invocación, posibilidad alguna de llevarse a cabo.

Sí cuenta en cambio con organismos especialmente competentes derivados de la Organización de las Naciones Unidas (v. gr.: Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, o el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzosas o Involuntarias). A su vez, el Comité de Derechos Humanos admite considerar denuncias individuales sobre un amplio espectro de derechos humanos, pero estos deben encontrarse en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

1) Los problemas de competencia

a) El Comité de Derechos Humanos

El artículo 1 del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, indica que:

> Todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de este Estado y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo.

De lo expuesto se colige la primera limitación a las denuncias individuales, pues no se admiten aquéllas efectuadas contra Estados que no hayan ratificado el Protocolo facultativo

b) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Este cuerpo institucional tiene dos grandes brazos para captar su competencia funcional. Uno de ellos se dirige a las cuestiones provenientes de la Convención Americana y sólo aplicable a los Estados partes; y el otro se refiere a las disposiciones de su propio Estatuto que involucra a los países miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA).

Con relación a éste último —que es el que interesa— el artículo 20 del citado Estatuto dice:

> En relación con los Estados miembros de la Organización que son Partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión tendrá, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, las siguientes: a) prestar particular atención a la tarea de observancia de los derechos humanos...; b) examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible; dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados miembros no Partes de la Convención con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y formularles recomendaciones cuando lo considere apropiado, para hacer más efectiva la obser-

vancia de los derechos humanos fundamentales; c) verificar, como medida previa al ejercicio de la atribución prescrita en el inciso b) anterior, si los procesos y recursos internos de cada Estado miembro no Parte en la Convención fueron debidamente aplicados y agotados.

La valla mencionada para el Comité de la ONU, relacionada con la intervención supeditada a la condición de ser Estado parte, no tiene parangón a este respecto. Aún cuando los países no hayan ratificado la Convención —en tanto sean miembros de la OEA— la Comisión Interamericana actúa por considerar que sus disposiciones representan la "codificación" del estado actual del derecho internacional en la materia.[61]

Por el artículo 52 del Reglamento, el procedimiento que se sigue en casos de denuncias individuales contra un Estado no parte (es decir, que no se hubiese adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos) es similar, por no decir idéntico, al que se aplica en caso contrario. Particularmente, la instauración de quejas, la forma de su trámite, las medidas provisionales, el agotamiento de recursos internos, las presunciones de verdad en los hechos y las audiencias son fases que coinciden en los procedimientos a cursar.

"Los principales elementos del procedimiento que no se aplican a denuncias contra Estados no Partes en la Convención regional comprenden la solución amistosa y el sometimiento del caso a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana".[62]

En su lugar, la competencia de la Comisión relativa a los Estados partes se regula por el artículo 44 de la Convención, que dice:

"Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte".

Esta aparente amplitud tiene, no obstante, ciertas dificultades que vemos en el parágrafo siguiente.

c) La Corte Interamericana de Derechos Humanos

El artículo 61.1 de la Convención dice que "sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte".

El caso debe considerarse como un asunto independiente, ajeno a cualquier vinculación que pretenda trabarse como apelación contra las decisiones adoptadas por la Comisión.

En este sentido, la doctrina coincide en que, cuando se somete un caso a la Corte para que lo analice y decida en el ejercicio de su competencia contenciosa,

61 Caso núm. 7615, Informe Anual 1984-85, p. 31, párrafo 7, Brasil, en O'Donnell, Daniel, *op. cit.*, nota 21, p. 419.

62 O'Donnell, Daniel, *op. cit.*, nota 21, p. 420.

se está abriendo un procedimiento *sui generis*, de tipo jurisdiccional que, aunque vinculado al necesario funcionamiento previo de la Comisión, no es ni un recurso de tipo jerárquico, ni una apelación, casación o anulación.[63]

La limitación del acceso a la Corte a los Estados miembros, incorpora un interrogante. ¿Quiénes pueden requerir la intervención?; ¿los Estados que integran la OEA?; ¿los Estados que suscribieron el Pacto de San José?; ¿sólo los gobiernos que hayan reconocido la competencia de la Corte, en los términos del artículo 62 de la Convención?

La respuesta es muy discutible y admite distintas posibilidades. Al señalarse que sólo los Estados partes pueden someter un caso a la Corte, parece razonable afirmar que se refiere a los países signatarios de la Convención Americana, excluyendo aquellos que, aún siendo miembros de la OEA, no se hayan adherido al Pacto.

En cambio, el recaudo del reconocimiento se relativiza cuando el Estado es denunciante, aunque sea necesario para continuar el procedimiento que preste su acatamiento para evitar la equívoca situación de ampararse de un régimen procesal desconociendo la calidad jurisdiccional del órgano decisor.

Otra posibilidad se ofrece cuando el Estado parte resulta liberado por la Comisión de sospecha de violación a los derechos humanos, y el gobierno mecaniza la intervención de la Corte por interesarle un pronunciamiento jurisdiccional y definitivo.

La Comisión, por su lado, tiene también el derecho de solicitar la intervención de la Corte (artículo 61 de la Convención; artículo 19 b del Estatuto de la Comisión; artículo 47 del Reglamento de la Comisión; artículo 2° del Estatuto de la Corte, y artículo 25 del Reglamento de la Corte).

Además, puede someter un caso no sólo cuando no se ha logrado una solución según el procedimiento previsto en la Convención (artículo 50), sino también cuando la Comisión estima que es conveniente la existencia de una decisión judicial de la Corte sobre una cuestión ya analizada y resuelta por la propia Comisión.

La legitimación que adquiere la Comisión le pertenece por natural atribución. No se trata de una capacidad procesal delegada por el denunciante, sino de la intervención actuada de un interés directo que se funda en su objetivo de defensa de los derechos humanos.

2) Las denuncias individuales

a) El caso del Comité de Derechos Humanos

Aquí, el estudio nos lleva de regreso al artículo 1 del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional en cuanto otorga al Comité competencia "para recibir y con-

63 Gros Espiell, Héctor, "Los derechos humanos y el sistema interamericano", *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Bacelona, Serbal-UNESCO, 1984, vol. III, p. 706.

siderar denuncias de los individuos..." que sean víctimas de una violación en sus derechos.

Si bien la evolución de la norma ha sido amplia y poco cercenatoria, lo cierto es que prácticamente sus resultados no fueron efectivos.

Las principales dificultades fueron encontradas en: a) la restricción del derecho de petición a individuos; b) las circunstancias en las cuales se considera al individuo víctima de una violación del Pacto, y c) las situaciones en las que se permite a una persona someter una denuncia en nombre de otra.

El concepto de víctima aparece, pues, como una condición ineludible para que la denuncia prospere formalmente.

Al respecto, el Comité ha precisado la idea en estos términos:

> En primer lugar, ha de hacerse una distinción entre los diferentes grupos de autores de la presente comunicación (se trataba del caso de veinte mujeres Mauricianas que impugnaban una ley que obligaba a los residentes extranjeros a solicitar su radicación en Mauricio como condición para contraer matrimonio con mujeres nativas). Una persona sólo puede alegar que es víctima de una violación de sus derechos, en el sentido que ello tiene en el artículo del Protocolo Facultativo, si dicha persona realmente resulta afectada. La latitud con que se considere ese requisito es cuestión de grado. Sin embargo, ningún individuo puede, en abstracto, mediante acción popular, impugnar una ley o práctica alegando que esa Ley es contraria al Pacto. Si la ley o práctica no se ha aplicado ya concretamente en perjuicio de esa persona, debe, al menos, ser aplicable en forma tal que el riesgo que corra la presunta víctima de sufrir sus afectos sea algo más que una posibilidad teórica.[64]

Por tanto, a la condición de víctima debe agregarse el daño efectivamente sufrido porque, de otro modo, el peligro es potencial o hipotético, y no da lugar a que se admita la denuncia.

Supongamos que exista esa violación concreta y la denuncia la porte una organización, sin entrar a considerar los motivos de ello. En tal caso, también la demanda es inadmisible porque el artículo 1 del Protocolo sólo faculta comunicaciones individuales y no impersonales.

No obstante, aunque la entidad no pueda asumir legitimación directa, puede, en su lugar, ostentar la representación del individuo firmante de la queja.

Así lo entiende el artículo 90 del Reglamento Provisional del Comité que permite considerar denuncias provenientes de personas físicas o de sus representantes, debiendo confrontarse que el individuo que alega su condición de víctima sea tal.

64 A. *vs.* E. (núm. 1/1976), Decisiones, p. 18, párrafo 9.2. Cita de O'Donnell, Daniel, *op. cit.*, 21, p. 424.

b) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Dice el artículo 44 de la Convención Americana que: "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte".

A su vez, el artículo 26.1 del Reglamento de la Comisión reitera que:

> 1. Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización puede presentar a la Comisión peticiones de conformidad con el presente Reglamento, en su propio nombre o en el de terceras personas, referentes a presuntas violaciones de un derecho humano reconocido, según el caso, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

El marco positivo previsto destaca las bondades de una legitimación indiscriminada, la cual se demuestra al tolerar denuncias que no vengan ratificadas por las víctimas. Mientras el caso se lleve a la Comisión, puede ésta documentarlo y proseguir las actuaciones.

La acción popular está admitida y las pocas restricciones conocidas provienen del artículo 44 de la Convención Americana respecto a las quejas que provienen de organizaciones no gubernamentales, o sin personalidad jurídica que acredite representaciones suficientes.

3) Prescripción de las acciones

a) La doctrina del Comité de Derechos Humanos

Destaca O'Donnell que

> La competencia del Comité de Derechos Humanos se fundamenta exclusivamente en el Pacto Internacional y en el Protocolo Facultativo. Por lo tanto, su facultad de admitir y examinar denuncias contra los Estados Partes depende de la fecha en la cual el Pacto y el Protocolo entran en vigor para cada Estado. Para los Estados que adhieren al Pacto y al Protocolo después de su entrada en vigor, el 23 de marzo de 1976, esos instrumentos rigen tres meses después de la fecha del depósito de su instrumento de adhesión.[65]

Los requerimientos de este acápite desenvuelven ciertas particularidades. Por ejemplo, para que una denuncia prospere y corra un procedimiento de investigación, será preciso que se mantenga la situación denunciada. De otro modo, la

65 O'Donnell, Daniel, *op. cit.*, nota 21, p. 438.

violación dada a conocer, pero que en la actualidad sea abstracta carece de motivación para el Comité.

Asimismo, las complejidades que tenga un proceso penal no serán atendidas si el denunciante se encuentra en libertad porque la competencia del organismo versa sobre cuestiones relativas a la ejecución de las sentencias y no para conocer aspectos del proceso original.[66]

b) El sistema en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

El tiempo para promover denuncias contra los Estados miembros (es decir, insistimos, que hayan ratificado el Pacto de San José de Costa Rica) comienza a partir de que el Estado deposita el instrumento de adhesión.

Esta contingencia arrastra una diferencia importante. Mientras la Comisión puede intervenir en todos los hechos que se denuncien violaciones a la Convención Americana —con las reservas advertidas en los párrafos que preceden—, la Corte Interamericana se limita, estrictamente, a los hechos que la Comisión le plantee.

Para ello, indica el artículo 46.1 apartado b) de la Convención, que la denuncia debe ser presentada "dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva".

Claro está que este tiempo corre una vez agotados todos los remedios jurisdiccionales internos, y debe destacarse que ha tenido una interpretación flexible en la doctrina de la entidad supranacional.

En efecto, el segundo apartado del artículo 38 del Reglamento de la Comisión, ha servido de herramienta en la medida reglamentada que:

> 2. En las circunstancias previstas en el artículo 37 párrafo 2 (excepciones al agotamiento de los recursos internos) del presente Reglamento, el plazo para la presentación de una petición a la Comisión será un periodo de tiempo razonable, a criterio de la Comisión, a partir de la fecha en que haya ocurrido la presunta violación de los derechos, considerando las circunstancias de cada caso concreto.

4) Imposibilidad de planteamientos simultáneos

La existencia de un derecho internacional de los derechos humanos se concreta, además de los principios relatados suscintamente, con otros que le dan orden y seriedad y que propicia cada ordenamiento.

La cláusula que establece la imposibilidad de petición simultánea ante más de un organismo internacional se encuentra prevista, entre otras, por el artículo 46.1 apartado c) de la Convención Americana, que dispone la inadmisión de una denuncia cuando la materia de la petición o comunicación tenga pendiente otro procedimiento de arreglo internacional.

66 Mac Isaac c/ Canadá (núm. 55/1979), párrafo 9.3 del Informe 1983, p. 117.

Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos no se separa inmediatamente del asunto cuando conoce planteamientos subsidiarios o paralelos, a no ser que el mismo interesado lo requiera.

Se establece la diferencia entre identidad de partes e identidad de casos, por cuanto el mismo asunto puede ser deducido, a veces, por diferentes personas.

En cambio, la Comisión Interamericana dispuso en su Reglamento (artículo 39) que:

> 1. ...no considerará una petición en el caso de que la materia de la misma: a) se encuentre pendiente de otro procedimiento de arreglo ante una organización internacional gubernamental de que sea parte el Estado aludido; b) sea sustancialmente la reproducción de una petición pendiente o ya examinada y resuelta por la Comisión u otro organismo internacional gubernamental de que sea parte el Estado aludido.

El segundo párrafo agrega los supuestos en los que la Comisión se mantiene en el conocimiento del caso. Esto ocurre cuando:

> a) El procedimiento seguido ante la otra organización u organismo se limite al examen de la situación general sobre derechos humanos en el Estado aludido, y no exista una decisión sobre los hechos específicos que son objeto de la petición sometida a la Comisión o que no conduzca a un arreglo efectivo de la violación denunciada; b) El peticionario ante la Comisión o algún familiar sea la presunta víctima de la violación denunciada y el peticionario ante dichas organizaciones sea una tercera persona o una entidad no gubernamental, sin mandato de los primeros.

19. *La prueba y su valoración en los procesos de denuncia por violación de derechos humanos*

La Convención Americana sobre Derechos Humanos se ha preocupado por establecer el compromiso de los Estados partes a respetar los derechos y libertades que se reconocen, y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que este sujeta a su jurisdicción (artículo 1o).

En igual sentido, el artículo 1.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos responsabiliza a los Estados por la violación del derecho de libre determinación; télesis que inspira también al convenio internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales.

Cada uno de estos compromisos advierte una característica común: la violación de los derechos consagrados sólo tiene un responsable: el Estado.

Por eso la finalidad de todo proceso incoado por violaciones a derechos básicos de la persona humana consiste en recuperar la protección del derecho en crisis, más que el amparo individual de la víctima.

De este modo, conforme lo establece la Convención y el reglamento de la Comisión Interamericana (tanto como el de la Corte Interamericana), en el proceso ante ésta, la única parte activa en sentido de legitimación procesal para actuar es la Comisión; y por ello, la relación jurídica procesal se traba entre ésta y el Estado denunciado.

Basados en esta peculiaridad se comprende porqué la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal (represiva) ni con la jurisdicción civil (indemnizatoria). Los Estados partes no comparecen como sujetos de la acción punitiva.

El proceso, así comprendido, demuestra que no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino de restituir al hombre la seguridad dentro de su comuna; y sólo mediatamente amparar a la víctima resarciéndole los daños que haya sufrido.

El panorama expuesto se clarifica con el pasaje de esta sentencia: "a diferencia del derecho penal interno, en los procesos sobre violación de derechos humanos, la defensa de los Estados no puede descansar sobre la imposibilidad de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación de los mismos".[67]

Del párrafo se adscribe la corriente de opinión que cimenta la prueba en el proceso de protección a los derechos del hombre. Es evidente que la preocupación redunda en posibilitar la prueba precisa de la violación sin que tenga mayor carga para ello el denunciante o la víctima que la sufrió. La base teórica está, entonces, en el principio de publicidad, con la variante que la carga de la prueba radica en quién tiene mejores condiciones de aportarla.

Obviamente, la conclusión deviene de afrontrar una especial circunstancia que escapa de la consideración habitual del proceso privado.

En efecto, las infracciones a la Convención no pueden ser juzgadas aplicando reglas que tengan en cuenta elementos de naturaleza psicológica, orientados a calificar la culpabilidad individual de sus autores. A los fines del análisis, es irrelevante la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por el Pacto de San José de Costa Rica, o por otro tratado de carácter supranacional, hasta el punto de que la infracción a la misma puede establecerse, incluso, si dicho agente no está individualmente identificado.

Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación de los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos.

67 Caso Velásquez Rodríguez, párrafo. 175. Ver Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 6, p. 79.

El objeto de la prueba es la demostración de la quiebra del derecho humano, y de la participación directa o indirecta del Estado donde la crisis se suscita.[68]

Habíamos anunciado que el proceso transnacional presenta algunas particularidades en materia probatoria y conserva algunos principios generales de todo tipo de procesos.

Por ejemplo, la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial estén demostrados con pruebas aportadas a la *litis* por cualquiera de los interesados o por el juez (éste último a tenor del principio de instrucción e impulso oficioso) mantiene su vigencia tal como se lo conoce doctrinariamente.

Asimismo, el magistrado no puede suplir con su conocimiento personal y directo la actividad probatoria de las partes.

En este sentido, por muy notoria que sea la situación de un Estado respecto a la vulneración de los derechos humanos, no impide que se investigue dicha circunstancia.

Adviene así, el principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba, que equivale a sostener la imposibilidad de tomar por ciertos, hechos que no estén legalmente admitidos. Es decir, no se permite dar certeza a la prueba obtenida ilegítimamente.

El criterio demuestra un cambio significativo en el concepto arraigado de obtención de prueba por parte del interesado, girando el concepto hacia una visión solidarista donde el Estado debe comprometer su colaboración procesal para investigar los hechos.

Esta correspondencia, sin embargo, no significa modificar sustancialmente el emplazamiento de la parte, en sentido procesal; ni refleja un contrasentido del principio constitucional que admite el silencio como toda respuesta cuando de la producción de pruebas se declara contra sí mismo.

A lo que se tiende es a lograr que del Estado provenga la suficiente colaboración para llegar a la verdad, y con ello, a corregir el *déficit* apuntado en la escasa protección de los derechos del hombre.

El deber de investigación subsistiría aún ante situaciones abstractas, como cuando se dice que

68 El Estado, inclusive, no podría argüir que el suceso ocurría en una época tal que no tenía el control de gestión (v. gr.: periodos *de facto*) pues, según el principio de derecho internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquél en que ella es declarada. Lo anterior es válido también en el campo de los derechos humanos aunque, desde un punto de vista ético y político, la actitud del nuevo gobierno sea mucho más respetuosa de esos derechos que la que tenía el gobierno en la época en la que suceden las violaciones (*cfr.*, Caso Godínez Cruz, Corte Interamericana de Derechos Humanos, cit., párrafo 194).

> El deber de investigar hechos de desaparición de personas subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida; incluso si en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a los individualmente responsables de delitos de esa naturaleza, el derecho de los familiares de las víctimas a conocer cual fue el destino de esta y, en su caso, donde se encuentran sus restos representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance.[69]

En pocas palabras, cuando aludimos a dificultades procesales de los derechos humanos vinculando a la etapa probatoria del procedimiento de protección, queremos demostrar el deber del órgano para captar con amplitud un fenómeno naturalmente complejo y, al mismo tiempo, el otro deber del Estado, para que colabore en la investigación y oriente su posible *déficit* a través de los mecanismos de asistencia que sólo él tiene disponibles.

20. *Las decisiones jurisdiccionales y su obligatoriedad*

Aun cuando esta problemática pertenece al terreno del derecho procesal y, particularmente, del denominado derecho procesal transnacional, hemos de brindar algunos apuntes aproximativos a lo que más adelante veremos con amplitud.

Ocurre que en materia de derechos humanos y de organismos destinados a preservarlos, la mayoría de las decisiones adoptadas no tienen obligatoriedad; es decir, no poseen el atributo de ejecutividad inmediata propio de los tribunales locales.

En su lugar, contienen un altísimo valor persuasivo. Dan lugar a lo que llamamos "organización de la vergüenza", por la cual el Estado culpado de violaciones queda en evidencia y con la obligación moral de restablecer el orden y el imperio de la legalidad jurídica.

Aun cuando sea cierta la jurisprudencia interpretativa que asigna preeminencia a los pactos internacionales sobre derechos humanos, respecto a las leyes comunes e, inclusive, fundamentales de orden interno, de tal modo que la aplicación de ellos queda de algún modo asegurado; también lo es que, en realidad, cuando un pronunciamiento no se cumple, los pasos a seguir son muy pocos, a veces recomendaciones, otras, concertaciones de carácter político que eluden el compromiso con el "caso" resuelto para dirigir sanción al Estado renuente.

Esa falta de coerción genera una nueva dificultad en la tutela de los derechos humanos, pero tiene remedio.

69 Caso Godínez Cruz, *cit.*, párrafo 191.

Desde el derecho internacional público se propician algunas respuestas. Se sostiene que

> La solución correcta al problema de la naturaleza de las resoluciones-recomendaciones de las organizaciones internacionales puede ser encontrada sólo en el fundamento de la teoría de la coordinación de las voluntades de los Estados. Las resoluciones-recomendaciones de las organizaciones internacionales son el resultado de la coordinación de las voluntades de los Estados miembros. El proceso de coordinación de voluntades, en este caso, se realiza con fundamento en el estatuto de la organización internacional: es una resolución-recomendación. El carácter de tal resolución depende del contenido del estatuto de una organización internacional dada...
>
> Una resolución-recomendación normativa de una organización internacional es el resultado de la coordinación de la voluntad de los Estados miembros sobre el contenido de las normas de conducta. Sin embargo, el contenido de las resoluciones-recomendaciones no se limita a esto. Ellas se diferencian, por ejemplo, de las resoluciones de una organización internacional con las que ella adopta textos de tratados internacionales. En tales casos, la coordinación de voluntades de los Estados miembros se refiere no sólo a las normas de conducta determinadas en el proyecto de los tratados, sino también contiene una recomendación tácita para los Estados de firmar y ratificar el tratado aceptado. Sin embargo, aquí no hay un llamado a los Estados de aplicar inmediatamente las disposiciones del tratado.
>
> También en el caso de las resoluciones-recomendaciones de las organizaciones internacionales, el resultado de la coordinación de la voluntad de los Estados es no sólo una regla de conducta fijada en las resoluciones-recomendaciones, sino también un llamado a los Estados de aplicar esa norma en la práctica. Esto, sin embargo, no da a las resoluciones-recomendaciones un elemento de obligatoriedad jurídica.[70]

Sin embargo, el pensamiento emplazado en la praxis de los comportamientos internacionales no tiene reflejo exacto en la dimensión que protege a los derechos humanos.

Entre las cuestiones que debe analizarse se da la condición particular del tribunal que enjuicia la conducta de los Estados denunciados por violaciones. De suyo, toda aceptación a la competencia del órgano jurisdiccional supraestatal confiere "obligatoriedad moral" al despacho final de sus estudios. De otro modo, existiría una actitud hipócrita proveniente del someterse bajo condiciones de conveniencia.

No es esto lo que persiguen los organismos transnacionales. La misma intelección de la transnacionalidad jurídica supone un *status* legal por encima de lo que los Estados pacten o acuerden en virtud de sus particulares intereses. Se trata, ni más ni menos, de preservar derechos relativos a la dignidad humana, sin que ellos puedan confundirse con las apetencias individuales de cada Estado.

70 Tunkin, G. I., *El derecho y la fuerza en el sistema internacional*, trad. de Manuel Becerra Ramírez, México, UNAM, 1989, p. 73.

La deducción que haga un tribunal jurisdiccional, encontrando posiblemente a un Estado denunciado culpable de los hechos que le fueron imputados, da lugar a un pronunciamiento de obligatorio acatamiento.

Ello es más evidente en los casos donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, actúa en ejercicio de su competencia contenciosa y resuelve condenar, porque el desconocimiento del fallo por el Estado sancionado, origina la procedencia de los mecanismos procesales internos para "ejecutar" la sentencia transnacional.

La obligatoriedad del mandato jurisdiccional es el presupuesto del poder de ejecución. En sí mismo es el poder para realizar la ejecución forzada.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el artículo 25.2 inciso c) que los Estados partes se comprometen a "garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

A su vez, el artículo 63 menciona que la Corte Interamericana dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertades conculcados, pudiendo ordenar el pago de una indemnización. En este caso, el resarcimiento se ejecuta por el procedimiento de ejecución de sentencias que corresponda al sistema procesal del país condenado.

Tal enumeración demuestra que la sentencia no está desprovista de *executio*. Sin embargo, podría afirmarse que, en la *praxis*, el pronunciamiento porta un valor declamativo. Implícitamente disuade al Estado parte a remover los obstáculos que impiden la consagración efectiva de un derecho humano; diríamos que, el acto de autoridad natural que surge del fallo no es directamente ejecutable, aún cuando la télesis y la norma indiquen otra cosa. La sentencia no anula ninguna decisión jurisdiccional interna que hubiera sido tomada. Ésta puede constituir un antecedente del hecho motivo de denuncia y examen, pero nunca se refiere al objeto preciso que aborda la Corte.

Por esto es importante señalar que la jurisdicción transnacional no ha de considerarse como "sentencia extranjera" por un país signatario. Esta conclusión explica porqué el fallo condenatorio puede cumplirse por las vías locales específicamente previstas.

En síntesis, las "sentencias supranacionales" gozan de *executio*, pero necesita auxiliarse de la colaboración del Estado parte para acatar sus resoluciones.

La condición jurídica del poder de ejecución no estaría sujeta entonces al *imperio* o *autorictas* del fallo, sino a los mecanismos internos que permitan realizar los pronunciamientos vertidos.

No obstante, el sistema reconoce un importantísimo avance respecto de los órganos jurisdiccionales internacionales (por ejemplo la Corte de La Haya) ya que en estos, por vía de principio, sus pronunciamientos no tienen fuerza ejecutoria.

CAPÍTULO III

CONCLUSIONES

21. *Síntesis final*

Los derechos humanos constituyen una disciplina novedosa dentro del ordenamiento jurídico, si bien no puede ser desconocida su vigencia histórica y sociológica, casi como una derivación del derecho natural.

Esta posible captación del fenómeno que representan, tuvo su origen y evolución a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y, desde entonces, pueden hallarse tres desprendimientos claros: el derecho internacional de los derechos humanos; los derechos del hombre en el plano de los Estados reunidos (asociados) en organizaciones comunitarias, y el derecho procesal que explique las funciones de los organismos transnacionales.

Los derechos humanos diluyen, efectivamente, las distinciones entre nacionalidades, ideologías y formas de gobierno. Las fronteras políticas que definen las diferencias estructurales entre uno y otro Estado y que, de hecho, determinan una tutela diferenciada de los derechos humanos obligan a replantear la situación, porque entre los hombres no existen más diferencias que las que admite su propia circunstancia.

Los derechos humanos vienen a ordenar todo un complejo sistema de nuevos derechos, de novedosas pretensiones, de exigencias de la hora, tales como los derechos del consumidor, derecho a la paz, al crecimiento y desarrollo social y económico, etcétera.

Ellos, reunidos a los primeros derechos que la evolución les fue dotando (derechos civiles y políticos, luego, sociales, económicos y culturales), propician la formulación de un derecho científico de tratamiento autónomo y disciplinado.

Estos derechos representan, esencialmente, *valores* que deben llevarse a la conciencia general de los hombres para identificar las necesidades vitales del ser humano.

Tampoco tienen una categoría jurídica diferenciada, es decir, no pueden ser supuestos en las situaciones conocidas del derecho subjetivo, interés legítimo, simple o difuso (colectivo), porque, en realidad, ellos están fuera de cualquier

orden jurídico, por ser "suprapositivos" (que significa, no establecidos por una declaración de la voluntad del hombre al instituir un sistema normativo).

El hecho de aceptar como positivos los derechos humanos no lleva a sostener que deban ser plasmados en un ordenamiento que los identifique y reconozca.

Debe reconocerse, en la dimensión que estos derechos ofrecen, una serie de emergencias que resolver. Puede constatarse, en consecuencia, que existen dos planos de movimiento permanente por la transformación de la sociedad; la que representa el "ideal", donde los derechos humanos se sostienen como valores realizables a partir del respeto y sujeción a un orden predeterminado; y otro donde convive con su realidad, "su propia contingencia", esto es, aquélla que enfrenta al hombre con la sociedad, al hombre con el Estado, sea porque otro lo condiciona, o porque no goza de los derechos a que positivamente accede.

Por tanto, es imperioso dotar a los derechos humanos de un mecanismo de asistencia que permita ofrecerle un sistema procesal, sencillo, rápido y efectivo, por el cual obtenga la tutela diferenciada que cabe, sin perjuicio de toda protección subsidiaria.

La incorporación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a los distintos regímenes locales crea las mejores condiciones para la realización y práctica de los derechos del hombre.

Sin embargo, aun aceptando la operatividad inmediata del Pacto, a nadie escapa que de la fuerza natural de las cosas depende su acatamiento, reacomodando esa universalidad en el cuadro cultural que el país ofrezca. En tal sentido, los contrapesos muestran que derechos idénticos pueden no ser derechos similares en todos los aspectos y que por encima de la igualdad abstracta es necesario colocar la solidaridad entre los individuos y la interdependencia entre las sociedades.

A su vez, la tarea de culturizar y difundir los derechos humanos representa una labor, quizá más trascendente para agregar a la positividad de los derechos, y una vigencia sociológica. Es decir, saber que tengo el derecho, pero además sé lo que él representa particularmente y para el conjunto de la sociedad.

Por ello, el conocimiento de los derechos y su debida valoración requieren ponerlos al acceso del descubrimiento intelectual y emocional de los pueblos dándoles una efectiva promoción.

En la difusión y promoción, no ha de perderse de vista la situación contingente de cada pueblo, porque allí, las obligaciones de gobierno asentarán en la medida de sus propias dimensiones. Donde existan crisis de identidad superiores, mayor será el deber de fomento y comunicación.

El segundo elemento de este conjunto de responsabilidades del Estado asienta en la cooperación internacional, porque ya no es posible pensar en sociedades autónomas y autoabastecidas.

Es verdad, también, que en la actualidad la garantía de los derechos fundamentales de la persona humana ha llegado a convertirse en una especie de suprema instancia legitimadora del ejercicio del poder, hasta el punto de que es prácticamente imposible encontrar algún sistema de gobierno que, de una u otra forma, no se preocupe por ofrecer una imagen pública de pleno acatamiento de los derechos de la persona.

Los derechos humanos que están consagrados en los distintos instrumentos internacionales se incorporan al derecho interno cuando el Estado se adhiere a ellos.

Interesa así afirmar que la constitución de organismos de justicia supranacional han de servir de guía y orientación para definir e interpretar los derechos garantizadores.

La distinción entre derechos operativos y programáticos debe soslayarse cuando con ello se tienda a la inutilidad de los sistemas.

El problema signado está en resolver si son obligatorios los instrumentos que reconocen la vigencia de derechos humanos, como la jurisdiccionalidad ejecutiva de las decisiones de los cuerpos superestatales. Se remedia bajo la consigna de entender que todo derecho humano no tiene su funcionalidad y eficacia por la coacción directa que imponen, sino, más bien, por los valores que portan y representan.

Se reconocen tres grandes grupos de estudio en la elaboración científica de los derechos humanos: a) El derecho de las comunidades, cuyo ejemplo más notable lo tiene la Comunidad Económica Europea; b) la dimensión continental que ocupa, por ejemplo, a la Organización de los Estados Americanos, y c) la dimensión transnacional, pensada por la Corte Internacional de Justicia con sede en La Haya.

Estos derechos admitidos por el consenso internacional son declarativos de aptitudes que deben ser reconocidos sin demora a su simple pretensión, por ser principios de un orden que trasciende la voluntad del Estado cuando ya se ha manifestado positivamente respecto a su reconocimiento.

Ello nos lleva a sostener que la interpretación política de los derechos humanos (distinta a la valoración proveniente de la jurisdicción) indica que la obligatoriedad de un derecho reconocido por una convención o tratado depende del valor jurídico y jerárquico que, internamente, se asigna al valor susodicho.

En cuanto a los mecanismos procesales de protección de los derechos humanos, ellos se inician con los remedios procedimentales ordinarios que tenga la legislación nacional, luego por las garantías insertas en las cartas fundamentales y, finalmente, por los denominados procesos constitucionales (amparo, *habeas corpus*, etcétera) con la interpretación que en ellos se realice de los derechos en juego.

Referente a los organismos jurisdiccionales deben clasificarse en: a) internacionales, comunitarios y locales; b) aquéllos que surgen de tratados o convenciones; c) organismos políticos especializados o no; d) entidades particulares y e) organismos locales.

El derecho puesto en práctica activa un recurso sencillo que se protege por los principios del debido proceso, lo cual supone presente el derecho a ser oído (acción o derecho de petición), por un tribunal constituido con anterioridad al reclamo (garantía del juez natural) o por cualquier autoridad competente que sea útil a la pretensión presentada (organismos administrativos o legislativos), que la denuncia reciba un tratamiento igualitario (derecho de igualdad y no ser discriminado), por un tribunal u organismo independiente (es decir, no sujeto a restricciones) e imparcial (esto es, desvinculado de intereses particulares o beneficios directos), que el procedimiento sea público (porque la verdadera justicia se hace de cara al pueblo) a no ser que situaciones extraordinarias autoricen a considerar la privacidad, que el procedimiento no sea ritual ni solemne, fundamentalmente breve y sencillo (aun cuando deben respetarse las complejidades particulares de cada caso); con plenitud en el derecho a la prueba y a que la misma sea valorada sin eufemismos; y finalmente, que la sentencia que se dicte pueda ser ejecutada.

La necesidad de un órgano competente, independiente e imparcial, consagra requisitos ineludibles para la constitución efectiva del debido proceso.

El requisito de agotar los recursos internos, como paso previo a la denuncia ante el organismo supranacional, debe interpretarse bajo ciertas condiciones de suficiencia y necesidad.

Es posible que pueda colegirse de las circunstancias particulares de cada caso una peculiaridad que admita la excepción, que, entre otros casos, se ejemplifica con la situación del carente de recursos, de la falta de abogado, o bien, porque el Estado mismo renuncie al recaudo de admisibilidad.

Entre las dificultades de acceso a la instancia transnacional deben evaluarse los problemas que se refieren a la legitimación y representación procesal. Se deben considerar los hechos, más que la calidad que porta quien presenta la denuncia.

Con ello se otorga justicia y probabilidad de proceso sin cancelar *ab initio* el derecho de petición que, como los demás, goza de jerarquía inmediata como derecho humano.

También la diversidad de organismos supone un conflicto en la búsqueda del juez competente, regla que si bien no tiene parangón en este tipo de implementos, consagra igualmente la prejudicialidad o imposibilidad de plantear simultáneamente la misma denuncia ante distintos cuerpos de justicia supranacional.

Con la misma télesis de flexibilidad en los principios paralizantes del procedimiento que se instaura, han de analizarse los casos de prescripción o preclu-

sión de las denuncias, a cuyo fin es menester procurar el desarrollo de las acciones antes que abortar el derecho al debido proceso. Podría utilizarse en esa dirección, el principio del tratado menos perjudicial, dando preeminencia al derecho a ser oído y resuelta su pretensión.

Respecto a la obligatoriedad de las sentencias que emitan estos organismos jurisdiccionales, debe propiciarse que, a pesar de no contar esos pronunciamientos con la coerción típica de los fallos ordinarios, puedan ser ejecutados a través de los remedios internos que tenga cada legislación procesal del Estado parte.

PARTE SEGUNDA
DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO I
NOCIONES GENERALES

22. Introducción 77
23. Origen del derecho procesal constitucional..... 80
24. Estructura del derecho procesal constitucional..... 84
25. La codificación de las garantías fundamentales 88

PARTE SEGUNDA

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES

22. *Introducción*

Las grandes transformaciones del mundo a partir de la segunda Guerra Mundial mostraron un perfil diferente al individualismo propio del siglo anterior.

La paz y la justicia social fueron preocupaciones primeras, dada la crisis evidente que había afrontado la Sociedad de las Naciones creada por el Pacto de Versalles en 1919.

La universalidad política pensada por entonces debió girar absolutamente hacia una óptica distinta. Antes se habían olvidado del hombre, quizá porque su participación en el concierto internacional contaba, solamente, como ciudadano de un Estado parte, y dado que los conflictos se resolvían entre naciones, no había lugar en ese cuadro para los conflictos singulares.

Pero en 1945, la Carta de las Naciones Unidas proclama otras necesidades. Cambio de tornas copernicano que mueve sus destinos mirando al hombre. La Declaración Universal de 1948 proclamó los derechos fundamentales, sin interesar en ello la nacionalidad, el credo, la posición política o económica de aquéllos.

Era la primera manifestación que desbordaba el encuadre limitado de los intereses locales para elevar la consideración humana en su internacionalidad o universalidad.

Fue así que los derechos humanos cobraron una interpretación uniforme. Fueron concretados en función de la dignidad establecida para el ser, sin admitir repliegues insidiosos por meras conveniencias.

Sin embargo, la otra cara de la declamación quedó sin respuesta. No fue previsto el sistema de protección procesal de los derechos declarados.

La aplicación dispareja o condicionada a mutuos reconocimientos llevaron a intelegir aquellas garantías establecidas, con base en principios de reciprocidad o conciliación de conceptos. Una vez más, los derechos emergían del acuerdo, más que por su esencia vital.

Surgieron en consecuencia distintos convenios, como el de Roma dando origen al Consejo de Europa, y el mismo Pacto de San José de Costa Rica, con la

misión específica de sustentar un mecanismo de asistencia y protección procesal que privilegiara los derechos humanos sobre las estipulaciones locales.

De esta manera, nace un sistema procesal diferente hasta el allí conocido. Los intereses internos quedaban desplazados cuando el juego operativo estaba fundado en un derecho del hombre reconocido y tutelado por cualquier instrumento internacional.

Sin embargo, esta internacionalización no manifiesta otra cosa que un espíritu importante en la preservación de los derechos humanos, que, a partir de estos conceptos, encuentran afinadas las instituciones que van a darle adecuada sustentación.

Ellas son, básicamente, las organizaciones que emanan desde el derecho de las comunidades, por ejemplo, la Comunidad Económica Europea, dentro de la cual el respeto a los derechos básicos constituye una parte integral de los principios legales generales, cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia; también las derivadas de la dimensión continental, que es el caso de la Organización de los Estados Americanos, sobre todo a partir de 1959 cuando se crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y en especial desde la firma del Pacto de San José de Costa Rica; finalmente, las instituciones provenientes de la dimensión internacional, dirigidas a solucionar los conflictos entre Estados parte, en tanto declaren reconocer como obligatoria, *ipso facto*, y sin convenio especial, la jurisdicción de la Corte Internacional.

Esta institucionalización, jurídicamente orgánica, ha dado lugar a un estudio autónomo, aun cuando a lo que nosotros interesa podemos localizarlo como un desprendimiento del derecho procesal transnacional.

Sin embargo, antes de esta evolución, los derechos humanos no estaban absolutamente desprotegidos.

En realidad obraban interactuantes con los derechos y garantías constitucionales reconocidos en las leyes fundamentales de cada nación.

Elocuente demostración de ello la ofrecen las Constituciones que se fueron dictando a partir de las grandes conflagraciones, las que desplegaron una acentuada normativa dirigida a asegurar la recta utilización de los principios superiores del ser humano, adoptándolos como supremos y de base principista, y que, por tanto, debían ser guía y esencia de la superioridad que ostentaban.

Al mismo tiempo, como esa regulación tenía el mismo problema ya advertido (la ausencia de protección adjetiva) fueron incorporándose magistraturas especializadas motivadas para controlar el efectivo cumplimiento de las cartas magnas.

En 1920, bajo la inspiración de Hans Kelsen, cobra vida el Tribunal Constitucional de Austria,[71] por el cual, todas las cuestiones relativas a la constitucio-

71 Conviene dar lectura a la obra de Philipp, Walter Frisch, "La forma en que se plasmó la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen en la jurisdiccional constitucional austríaca, creada por

nalidad de las leyes debían someterse a su consideración. Estas situaciones de enfrentamiento entre las normas y la Constitución no podían responderse por jueces ordinarios, razón por la que, sea a través de la vía directa o por incidentes, la temática llegaba a estos magistrados quienes decidían con efectos generales —*erga omnes*—.

La impronta de este Tribunal garante fue su consagración como modelo para la Europa continental en relación con la tutela diferenciada que merecían los derechos del hombre, porque, al decir de Kelsen, se aseguraba así que una norma de contenido inferior a la fundamental, pudiera alterar el principio de la pirámide jurídica.[72]

La influencia manifiesta de estos tribunales motivó una revisión jurisdiccional tan particular que, ante el ejercicio de una jurisdicción diversa a la ordinaria, algunos autores creyeron ver una disciplina nueva.[73]

Este mecanismo de corrección o adecuación en las supremacías tenía un sistema diferente en el orden jurídico angloamericano.

La Constitución americana de 1787 —con antecedentes en la legislación y jurisprudencia de las colonias inglesas en América—,[74] preciaba la actuación directa de sus jueces ordinarios, permitiendo que fueran ellos mismos quienes indiscriminadamente asumieran el deber jurisdiccional de aplicar y defender la Constitución, aun cuando sus decisiones no tuvieran efectos generales.

Este sistema se consolidó en toda América, desde Argentina hasta Canadá, después de la primera postguerra, al punto que Carl, insidioso con los sistemas autoritarios europeos, sostenía que la Corte Suprema de los Estados Unidos se había transformado en una especie de mito.[75]

Ahora bien, la eficacia de las normas constitucionales se mide a partir de su aplicación; es decir, desde el momento que tienen vigencia práctica. El descono-

él", trad. de Elsa Bieler, *Jurídica, Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana,* México, julio de 1970, pp. 125-151.

72 Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución", trad. Rolando Tamayo y Salmorán, *Anuario Jurídico*, I-1974, pp. 471-515.

73 Para Alcalá Zamora, Kelsen y su tribunal constitucional originan la disciplina llamada derecho procesal constitucional. Ver Alcalá Zamora, Niceto, *Proceso, autocomposición y defensa*, 2a. ed., México, UNAM, 1970, p. 215.

74 *Cfr.*, Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, trad. de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, 1966, pp. 27-33; Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XXVIII, núm. 111 (septiembre-diciembre 1978), p. 643.

75 Schmitt, Carl, *La Defensa de la Constitución*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, Barcelona, 1931, p. 21; Fix-Zamudio, Héctor, "Los instrumentos procesales internos de protección de los derechos humanos en los ordenamientos de Europa Continental y su influencia en otros países", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XII, núm. 35 (mayo-agosto 1979), p. 340.

cimiento de sus preceptos y los carrilles de revisión, control y ejecución correcta (interpretación constitucional) la realiza el derecho procesal.

Esta labor intelectiva de los jueces —tribunales especiales o jurisdicciones comunes— responde a uno de los preceptos estructurales de la ciencia procesal: la jurisdicción, de la que se desprende la noción de jurisdicción constitucional.

Aun así, quedan para el análisis las disposiciones procesales internas de las cartas fundamentales que, según Fix-Zamudio, representan la materia procesal de la Constitución, y como tales deben estudiarse por el derecho constitucional procesal.[76]

Llegados a esta instancia podemos señalar otra característica importante en la evolución que muestra el origen de las disciplinas que estamos por abordar.

Para este tiempo (1940-1950), el derecho conseguía un desarrollo trascendente operado con la sanción del Código Procesal italiano de 1940.

Hasta entonces, entre el derecho procesal y el constitucional había distancias muy grandes, ya fuera porque el primero estaba sumido en una finalidad puramente instrumental; es decir, un derecho al servicio de los demás; o bien, porque, al no ser el constitucional un derecho sectorial, sino globalizador de intereses fundamentales que los demás deben respetar y acatar por el principio de supremacía que ostenta, surgía un claro camino mediante el que, de alguna manera, impedía verlos obrar en armonía.

Pero esa distancia fue un error de interpretación dogmática. En la práctica, el cumplimiento de todas las normas requiere de una técnica, y esa técnica la aporta el derecho procesal. Por su parte, éste recibe del derecho constitucional la positividad de principios superiores que debe recabar.

Quedó así planteada la cuestión, ¿cómo se explica, entonces, los vínculos que unen al derecho procesal con el derecho constitucional? ¿Qué nueva relación tienen ambos con los derechos humanos a partir de la concepción que los indica presentes en las garantías fundamentales? Hay otros interrogantes aún no despejados, como saber cuál es la jurisdicción constitucional, y cual la supranacional. En fin, a ellas hemos de abordar en adelante.

23. *Origen del derecho procesal constitucional*

Los momentos históricos puntuales que señalamos no fueron los únicos que dieron razón al movimiento que priorizó las funciones jurisdiccionales en pos de asegurar el equilibrio adecuado entre las relaciones de poder.

76 Ver entre otros trabajos donde reitera la idea. Fix-Zamudio, Héctor, "El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 30 (septiembre-diciembre 1975); Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional: reflexiones comparativas", *Revista de Derecho, op. cit.*, nota 75, p. 15.

En efecto, las grandes transformaciones del Estado contemporáneo, bien advertidas por García Pelayo,[77] encontraron en la distribución de funciones de gestión uno de los grandes conflictos de nuestro tiempo.

Era evidente el rol avasallador que cubría el Poder Ejecutivo —de hecho aún persiste en numerosas naciones de Latinoamérica— sobre funciones naturalmente dispuestas para los demás pares de gobierno. La jurisdicción administrativa (si pudieramos referirla como científicamente probable) acusaba una verdadera invasión en la órbita de lo estrictamente judicial; lo mismo ocurría con la proliferación de decretos, normas y reglamentos que fueron desenvolviendo el papel de legislador del órgano Ejecutivo.

El panorama un tanto sombrío en un cuadro de apreciación general demuestra que, bajo estos supuestos, se puede llegar a concluir que el sistema básico de la división de funciones en el Poder del Estado había pasado a constituir un "subsistema dentro de un sistema más amplio".[78] Se colige, pues, que esto no significaba únicamente la relativa importancia desde el punto de vista de la teoría política y del Estado, sino que significó también cambios sustanciales en las estructuras internas, tales como la pérdida de independencia en el Poder Judicial, o la reducción de autonomía del Poder Legislativo.

No sugiere esto, claro está, que el fenómeno de la trinidad estatal haya perdido vigencia o carezca de sentido; tan solo demuestra que se ha operado un cambio que podría tener una explicación en la función de asegurar la unidad y estabilidad del Estado democrático, ya que sobre la sola concurrencia de partidos y de organizaciones de intereses, no puede haber más que un pluralismo desordenado y desintegrado sobre el que es imposible fundamentar orden estable alguno.[79]

La quiebra evidente en el sistema de pesos y contrapesos, unido al esquema circunstancial y consecuente de la aparición de los Tribunales Constitucionales, llevó a priorizar el principio de legalidad en el obrar del Estado, fiscalizando sus actos a través de órganos independientes bajo la condición de que éstos operasen, también, en el marco ajustado de sus atribuciones.

Esta dimensión del control, considerada desde la atalaya objetiva o material de las instituciones, atiende el desenvolvimiento que tiene la jurisdicción.

Al resultar ésta, teñida de manifestaciones posibles, ya como mecanismo de tutela de los derechos subjetivos, ya como garantía de observancia de las normas,[80] quedaron dispuestas dos situaciones bien definidas. Por un lado, la que se

77 García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1977, p. 60. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 10, p. 99.

78 García Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 76.

79 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 10, p. 100.

80 *Cfr.*, Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 33, pp. 135 y ss.

refiere a la justificación del poder de derecho y de su legitimidad, y de otro, a la condición del hombre frente al Estado debiendo o intentando hacer valer su bagaje de derechos y garantías.

El primer aspecto analiza el contenido esencial del Estado que consiste en preservar los intereses fundamentales de la sociedad; en cambio, cuando el individuo se encuentra superado por contingentes impropios del sistema, los controles vinieron a sustituir el desequilibrio imperante, desarrollando la tesis de las supremacías; es decir, de elevar la jerarquía de los derechos al grado de señalar en cada uno de ellos la inalterabilidad que merecen.

El surgimiento del control de legalidad como una forma de revisar las acciones de gobierno, y el control sobre la constitucionalidad de las leyes entronizó las funciones jurisdiccionales.

Con poca diferencia en el tiempo, tanto Hans Kelsen cuando publica "La garantía jurisdiccional de la Constitución", y otros ensayos que mostraban la importancia para el sistema de los tribunales constitucionales; como Eduardo J. Couture al explicar las "garantías constitucionales en el proceso civil", dan cuenta de la íntima relación que tienen, en la operatividad del sistema de legalidad, el derecho constitucional y el derecho procesal.

Como vemos, aún no hablamos de derecho procesal constitucional, justamente porque la definición va ser posterior y, en realidad, pensada para establecer una disciplina autónoma.

En su lugar, corresponde a la época la voz: justicia constitucional o jurisdicción constitucional, pero como la expresión provoca cierta confusión en las funciones del órgano que la ejercita, se clasifican y distinguen sus objetivos del modo siguiente:

a) En sentido objetivo, se diferencia la jurisdicción civil, la penal, la administrativa y la constitucional. Esta última "concierne a la tutela de derechos o intereses que atañen a la materia constitucional (y que derivan, cuando la Constitución es rígida, de pretensiones formuladas directamente en normas formalmente constitucionales)".[81]

b) En sentido subjetivo, en cambio, se contraponen la jurisdicción ordinaria (principio de la unidad de jurisdicción asignada al Poder Judicial) de las jurisdicciones especializadas que tiene funciones específicas, pero que llevan a cabo actos de decisión y juzgamiento (v. gr.: Tribunales Constitucionales).

La división de campos, no obstante, especifica la necesaria independiencia de los órganos jurisdiccionales, y de alguna manera fracciona los mecanismos de tutela y decisión en dos frentes que no son incompatibles. Mientras la justicia ordinaria falla "en equidad"; la constitucional lo hace preservando la suprema-

81 Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional*, trad. de Pablo Lucas Vardú, Madrid, Tecnos, 1987, p. 523.

cía de los derechos básicos. Como tal, a ésta última se le asigna la llamada "jurisdicción constitucional".

El problema está en que no ha sido la única expresión utilizada. Indiscriminadamente los autores se refieren a la "defensa de la constitución", al "control de constitucionalidad", a las "garantías constitucionales", al "proceso constitucional", a la "justicia constitucional", al "derecho procesal constitucional" y al "derecho constitucional procesal".

Tal confusión de conceptos obliga a individualizar la materia que creemos debe denominarse "derecho procesal constitucional", porque las demás otorgan nociones sobre aspectos involucrados, dejando pendientes otras cuestiones de la ciencia.

Tenemos por cierto que la dimensión exacta de esta disciplina comienza con Kelsen, por cuanto son "sus" tribunales constitucionales los que ponen distancias absolutas con el mecanismo de control de constitucionalidad vigente hasta entonces. La influencia americana en los sistemas de control latinoamericanos no incide para descalificar este punto de partida.

Fue Kelsen quien observó en su justa aplicación las "garantías constitucionales", superando la condición de "garantías individuales" que se precisaba en los derechos subjetivos.

Ahora bien, como el derecho procesal constitucional no se define únicamente por la materialización de magistraturas especiales,[82] conviene sectorizar los aspectos que, además, cubre.

En tal sentido, oportunamente hemos dicho que,

> A nuestro parecer la teoría material tiene un mejor sustento, al menos para nuestro país (Argentina), donde uno de los temas del derecho procesal constitucional, como el del contralor de la supremacía fundamental se asigna 'difusamente' a todos los jueces que integran el Poder Judicial, teniendo en consecuencia un proceso ordinario que se convierte en constitucional cuando la materia desenvuelta se basa en normas de este carácter, permitiendo al magistrado ejercer 'jurisdicción constitucional', sea calificando las normas que considere repulsivas al espíritu de la ley superior, sea interpretando la norma constitucional o infraconstitucional.[83]

82 Cierto sector doctrinario indica que la existencia de magistraturas especiales dio razones para que, desde un punto de vista orgánico, se hablara de jurisdicción constitucional, y de un proceso constitucional sustanciado por un procedimiento singular y ante un tribunal específico. Así, por ejemplo, González Pérez diferencia el proceso constitucional del ordinario a partir del órgano que resuelve el conflicto, de modo tal que, a su criterio, "será proceso constitucional aquél del que conoce el Tribunal Constitucional". González Pérez, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980, p. 41.

83 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 10, p. 104.

24. *Estructura del derecho procesal constitucional*

Desgranando el material que ocupa el derecho procesal constitucional, aparecen prioridades temporales que definen su consagración científica; tal ocurre con el sistema de revisión y control de la constitucionalidad de las leyes.

Este tópico interesa corresponderlo con los dos frentes que abarca. Por una parte, el órgano encargado de realizar la fiscalización de la supremacía; y del otro, la operatividad del principio que pone en la cabeza del sistema a la norma fundamental.

De este modo, desaparece de alguna manera el esquema circunscripto por Mirkine-Guetzevitch a la "racionalización del poder",[84] para centrarse en la justificación del mismo, como una proyección de la democracia social contemporánea.[85]

Los planos que cubren esta disciplina se orientan hacia esos frentes. Un plano primario, principista, de esencia, pretende resolver la dimensión constitucional de la justicia, consagrando presupuestos y garantías inmutables que no dependan de interpretaciones simplistas o interesadas.

Otro plano radica en la tutela procesal, y dentro de él, aspectos como: a) la jurisdicción constitucional, debiendo esclarecer la ciencia cuál es la función típicamente natural y específica de los denominados tribunales constitucionales; trazando en cuanto corresponda, las diferencias con el modelo americano de control difuso o de actuación indiscriminada de magistrados en la tarea de control; b) las garantías constitucionales y, en particular, las que corresponden a las proyecciones del derecho de acción, y del debido proceso que son, justamente, los instrumentos procesales de tutela y defensa del orden fundamental; c) el proceso, tanto en su dinámica ritual, tendente a hacer realidad el derecho a un "recurso rápido y sencillo"; como en los ejemplos particulares que desenvuelve en aras de la protección señalada (v. gr.: amparo, *habeas corpus*, recursos extraordinarios, etcétera).

Colegimos así, que la clásica estructura tridimensional del derecho adjetivo (jurisdicción, acción y proceso) no están ausentes en esta ramificación del orden jurídico.

Sin embargo, apenas avanzamos en la consideración de otras circunstancias de atención, observaremos que, cuestiones propiamente constitucionales que requieren de mecanismos técnicos aportados por el derecho procesal también se resuelven en este medio. Por ejemplo, las acciones relativas al control del ejercicio de la autoridad pública (juicio de residencia, destitución de funcionarios

84 Mirkine-Guetzevitch, Boris, *Modernas tendencias del derecho constitucional*, Madrid, 1934, p. 56.

85 *Cfr.*, Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional: reflexiones comparativas", *Revista de Derecho*, *cit.*, nota 75, p. 15.

por juicio político, remoción de jueces por tribunales de enjuiciamiento, exclusión de representantes en los cuerpos deliberativos, etcétera).[86]

Y cerrando el círculo, emergen los derechos humanos que se protegen a partir de tratados y convenciones internacionales, generando instrumentos propios para la defensa. Esta faceta refleja una estimativa transnacional en el derecho procesal constitucional, precisamente porque las declaraciones universales sobre los derechos del hombre han gestado un verdadero *bill of rights* supranacional, demostrado elocuentemente en la Comunidad Europea y en menor medida en América Latina.[87]

Considerando todas estas manifestaciones, la fusión entre el derecho constitucional y el derecho procesal es evidente. En verdad, ni uno ni otro son derechos sectoriales en la medida que ambos tienden a disponer con cierta generalidad principios y presupuestos imprescindibles para la defensa y protección de los derechos. La supremacía de la Constitución obliga a la ciencia procesal a dotarla de los instrumentos necesarios para la efectividad de sus postulados.

En consecuencia, juegan operantes, escalonada o simultáneamente, el derecho procesal constitucional, el derecho constitucional procesal y el derecho procesal transnacional, siendo el primero de ellos el baluarte de la disciplina.

1) Derecho procesal constitucional

Se atiende aquí a la parte estructural de la ciencia, a través de módulos singulares que se ocupan de jerarquías diversas en los intereses a tutelar.

La primera función la cubre el principio de supremacía de los derechos fundamentales,[88] aspecto que corresponde a las garantías establecidas para el equilibrio interactuante de los poderes del Estado, y se manifiesta a través de los sistemas de interpretación constitucional con sus organismos específicos.

El segundo rol ha sido llamado por Cappelletti como "derecho procesal de la libertad",[89] y ocupa los procedimientos previstos para la tutela de los derechos

86 *Cfr.*, Iribarne, Héctor Pedro e Iribarne, Rodolfo Antonio, "Acerca del derecho procesal constitucional", *El Derecho*, Argentina, tomo 127, p. 654.

87 *Cfr.*, Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 54, p. 337; Hitters, Juan Carlos, "El derecho procesal constitucional", *El Derecho*, Argentina, tomo 121, pp. 881 y ss.

88 Fix-Zamudio prefiere hablar en este sector de "jurisdicción constitucional orgánica", porque comprende los instrumentos para la solución de conflictos entre los órganos del poder del Estado, cuyas relaciones recíprocas en los ordenamientos contemporáneos son cada vez más complejas. *Cfr.*, Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 84, p. 16; y en su obra: *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, UDUAL, 1988, p. 194, donde aclara que este sector refiere al conjunto de instrumentos dirigidos a fiscalizar los límites de atribución de los órganos del poder.

89 Cappelletti, Mauro, "La justicia como jurisdicción para la defensa de la libertad", *Aportes para la Reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires*, Primer Congreso Bonaerense de Derecho Público Provincial "Juan Bautista Alberdi", La Plata, 1984, ed. 1986, tomo I, p. 83. Del mismo autor, *op. cit.*, nota 73, p. 23.

del hombre, tanto en sus preocupaciones individuales como para los conflictos grupales o colectivos. Son los llamados "procesos constitucionales".

De lege ferenda podemos incluir en esta fase algunos mecanismos alternativos de justicia constitucional, tales como el *ombudsman*, la mediación y los conciliadores.

2) Derecho constitucional procesal

Indica Fix-Zamudio que ésta es una rama del derecho constitucional, y se ocupa del estudio sistemático de los conceptos, categorías e instituciones procesales consagradas por las disposiciones de la ley fundamental.[90]

Aun mediando una sencilla discrepancia, pues consideramos que esta derivación no es del derecho constitucional, sino que tiene pertenencia intrínseca al derecho procesal constitucional, por estimar que la disciplina tiene autonomía —como veremos más adelante—, lo cierto es que en este carril transitan los principios procesales más importantes, y las garantías fundamentales que orientan el derecho de acción y el proceso justo.

Los derechos proclamados, y aun positivizados en precisas disposiciones legales nada significan si no tienen asegurado el disfrute, condición imprescindible para solucionar dos aspectos de la problemática; la prevención que supone advertir la contrapartida de la violación, y el medio efectivo de protección procesal.

Una vez más debemos espaciar el campo que atrapan los derechos para resolver su mecanismo procedimental de asistencia. La protección procesal suele referirse y concentrarse a las "garantías constitucionales", trazando distancia con la defensa de los derechos individuales y los derechos sociales. Inclusive, si restringiéramos estrictamente el ámbito declarado por las garantías básicas, algunos derechos humanos de la tercera generación quedarían fuera de contexto al no estar previstos (v. gr.: resistencia a la opresión, discriminación, autodeterminación).

Por tanto, es imperioso concentrar principios armónicos y uniformes en declamaciones como "el derecho de peticionar a las autoridades" (acción procesal), o el "derecho al debido proceso", con todas las proyecciones que de ellos derivan.

El problema de la legitimación refiere a un continente demasiado amplio de conjeturas y probabilidades para resolver en este espacio, siendo quizá apropiado clarificar su destino en la teoría general del derecho. No obstante, en cuanto interesa al derecho procesal constitucional debe ser motivo de estudio (ver parágrafo 17).

90 Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 87, p. 194. Del mismo autor: *op. cit.*, nota 75, p. 78.

Respecto al proceso, debe recordarse que aunque él sea en sí la verdadera garantía del derecho, corresponde estudiar dentro de sus propuestas los desafíos que le oponen los vicios comunes al desatino jurisdiccional (sentencias infundadas, debida valoración de la prueba y, *lato sensu*, el contenido de la denominada sentencia constitucional).

Bien apunta Gelsi Bidart cuando dice que "la garantía se relaciona con el valor seguridad...", aun cuando ésta "...puede consistir en simple certeza... con los actos meramente declarativos. Pero siempre la seguridad ha de estar al servicio de otros valores principales, en especial la seguridad de (o para) la justicia".[91]

3) Derecho procesal transnacional

Los derechos humanos consagrados en las cartas internacionales que se sucedieron a partir de 1948 confirieron una especial distinción a los principios fundados, poniéndolos en la cima de una pirámide ideal.

Esas declaraciones efectuadas tienen un valor persuasivo que destacan la conveniencia de atribuir un tratamiento común a cada uno de los derechos que se consideran fundamentales.

Así como la constitucionalización de las garantías procesales significó el primer gran encuentro entre las supremacías y la forma de instrumentar la protección; en la jurisdicción transnacional también opera un vínculo común con aquellos.

La interpretación y los valores que suministran un objetivo y una idea principal son los resortes que activan la tutela de los tribunales supranacionales.

La conciliación entre el derecho interno y los derechos emergentes de convenciones y tratados sobre derechos humanos dan la clave precisa para resolver el carácter diferenciado de la defensa procesal.

En esta parcela, lo importante será advertir que la protección es genérica y acondicionada a un grupo de principios basados en una lectura común de aquello que se entiende como derechos de la humanidad.

Los presupuestos, por su parte, actúan como mecanismos de reservas de los Estados. Por ejemplo, para designar la jurisdicción interna como última expresión que obtiene el justiciable, se requiere en la contraparte reciprocidad en el sometimiento. Tal es el caso de la República Argentina al aceptar la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[92]

91 Gelsi Bidart, Adolfo, "Enfoque sobre garantía procesal eficaz de los derechos humanos", *Garantías Jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, México, UNAM, 1992, pp. 345-352. Del mismo autor, *De derechos, deberes y garantías del hombre común*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1986, p. 204.

92 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 10, p. 242.

25. *La codificación de las garantías fundamentales*

Basados en cierta desconfianza en los sistemas dispuestos, y conservando la tradición jurídica de legislar para dar fundamento normativo a lo que de hecho existe, viene avanzado notablemente el desarrollo doctrinario que persigue la codificación de las garantías fundamentales.

La causa de este fenómeno puede darse a través de probables influencias. Una de ellas es el carácter rígido de las constituciones latinoamericanas,[93] que impide actualizar sus disposiciones si no es mediante el consenso básico de sus instituciones políticas.

Otra puede ser la efectiva constatación acerca de que los valores supremos que priorizan las garantías fundamentales encuentran reiterados vacíos o directas omisiones de quienes tendrían que ser sus primeros guardianes.

También puede observarse como cierta proyección de las investigaciones sobre la "defensa de la constitución". Tema que, como explica Fix-Zamudio,

> Va adquiriendo actualidad en el estudio de los ordenamientos constitucionales de nuestra época, si tomamos en consideración que debido a la dolorosa experiencia de las dictaduras que se derrumbaron en el holocausto de la segunda guerra mundial, se ha advertido que no es suficiente una adecuada organización de los poderes públicos y las declaraciones de los derechos de la persona humana, sino que resulta indispensable la introducción o el perfeccionamiento de un sistema que permita la protección y permanencia de las disposiciones constitucionales contra las extralimitaciones de los órganos del poder, que naturalmente tienden a desbordar, con mayor razón en nuestros tiempos en que intervienen de manera absorvente en las relaciones sociales.[94]

Un ejemplo de esta tendencia lo da Costa Rica que, al dictarse la ley de jurisdicción constitucional, regula en su entorno todas las garantías fundamentales conocidas.

El artículo 1 dispone que:

> La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del derecho internacional o comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los mismos instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.

93 *Cfr.*, Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho constitucional latinoamericano*, México, UNAM, 1991.

94 Fix-Zamudio, Héctor, "Introducción al estudio de la defensa de la Constitución", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Nueva Serie, año 1, núm. 1 (enero-abril 1968), p. 89.

Asimismo, se establece la admisión tutelar de los recursos de amparo y *habeas corpus* como remedios procesales para la protección de los fines dispuestos en el artículo primero.

El inciso b) del artículo segundo señala que corresponde a la jurisdicción constitucional ejercer el control de constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el derecho internacional o comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás instrumentos previstos, como son la consulta legislativa y la consulta de los jueces.[95]

Tampoco escapa a las finalidades de la jurisdicción instaurada la tutela de los derechos humanos, con la particularidad de elevar en la pirámide jurídica a los tratados y convenios que la República hubiese celebrado en materia de derechos fundamentales.

En Argentina, tanto la provincia de Entre Ríos como el proyecto —en estado parlamentario— para la provincia de Tucumán propician un código de garantías, incluyendo el primero en su tutela, aspectos tales como la defensa del consumidor, y la protección de los intereses difusos.

Sin embargo, la codificación de garantías tiene, a nuestro criterio, numerosos problemas que es menester abordar.

En primer lugar, como lo indica acertadamente Tavolari, la naturaleza de los conflictos por violaciones a garantías son complejos y admiten claras y nutridas diferencias. Hay conflictos entre los poderes del Estado, los hay entre particulares, y también entre éstos únicamente.[96]

Tales diferencias destacan un hecho que no puede pasar inadvertido. ¿Cuál será el orden jurídico que aplicará el magistrado?, porque al estar por la tesis de las supremacías, las cartas fundamentales no pierden su condición superior, y bajo su manto protector están las leyes comunes que, por más "fundamentales" que sean, siempre deben ajustar sus disposiciones a los principios que la carta magna sustenta.

No resulta incorrecto —todo lo contrario— organizar un sistema normativo que implemente las funciones y cometidos de una justicia constitucional, pero parece fuera de contexto delimitar el contenido que la jurisdicción pueda realizar.

Es indudable, también, que los conflictos de competencia aparecerán inmediatamente, a no ser que se plantee la excepción de suspender la actuación del juez común cuando surjan estos planteamientos. Condición que nos parece sumamente arriesgada para la celeridad y moralidad del proceso constitucional.

95 Hernández Valle, Rubén, "Hacia la codificación de la justicia constitucional", *Revista de Derecho, cit.*, nota 75, p. 79.

96 Tavolari, Raúl, "Hacia la codificación del derecho procesal constitucional", *Revista de Derecho, cit.*, nota 75, pp. 83-88.

CAPÍTULO II

LA JURISDICCIÓN EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

26. Concepto de jurisdicción constitucional 91
27. Sistemas para el control de la constitucionalidad de las leyes..... 95
28. Formas de control..... 102

CAPÍTULO II

LA JURISDICCIÓN EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

26. *Concepto de jurisdicción constitucional*

La jurisdicción es uno de esos conceptos difusos del derecho que encuentran, por lo común, variables posicionales según indique la disciplina que la aborda.

El derecho procesal la concibe como uno de sus pilares estructurales,[97] y el derecho constitucional la interpreta desde los capítulos orgánicos que fundan las cartas fundamentales.

Suelen coincidir ambas materias en que la jurisdicción puede atenderse como un "poder" del Estado, o como un "deber" de éste para con los ciudadanos.

Analizar la jurisdicción como poder admite deducir que quien la ostenta tiene una atribución equivalente al de sus pares en la gestión de gobierno de un Estado. Por eso, resulta más apropiado referir la "función jurisdiccional", porque de esa manera no se pierde la unidad del poder Estatal, fraccionada así en funciones de gestión.

Pero la teoría del "poder", tan elaborada y precisa desde el derecho canónico, fue abandonada a poco de desarrollarse el concepto de "soberanía nacional".

En cambio, si la perspectiva se fija solamente en los sucesos procesales, podremos compartir que la jurisdicción "es el poder público que una rama del gobierno ejercita, de oficio o a petición del interesado, instruyendo un proceso, para esclarecer la verdad de los hechos que afectan al orden jurídico, actuando la ley en la sentencia y haciendo que ésta sea cumplida".[98]

También se advierte que la declaración de la norma aplicable no es en todos los casos exclusivo menester de los jueces del Poder Judicial. Existen órganos legislativos y administrativos que se ocupan de determinar el derecho al resolver un caso y, en consecuencia, pueden surgir jurisdicciones judiciales, parlamentarias, militares, eclesiásticas, etcétera.

Desde esta posición podríamos negar la existencia de un poder jurisdiccional para reducir el concepto a una función que, cuando es realizada por magistrados,

97 Así lo hemos señalado en Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 33, p. 136.

98 Podetti, Ramiro J., *Teoría y técnica del proceso,* Buenos Aires, Ediar, 1942, p. 155.

asume particularidades que en otros no ocurren, como son las características de coerción y definitividad de las resoluciones; y la posibilidad de realizarlas compulsoriamente, en lo que constituye un ejercicio de fuerza legitimada.

Con esta inteligencia, la jurisdicción es un poder abstracto: depende de la actividad que la ponga en marcha. En tal sentido, es evidente que, en los ordenamientos políticos basados en la teoría de Montesquieu, a los jueces sólo les cabe interpretar la norma y aplicarla en el caso propuesto a su decisión, para dar un resultado concreto e individual. El procedimiento seguido sería, ni más ni menos, que el esquematizado bajo el "sistema de la legalidad", en contraposición al "sistema de la justicia del caso concreto", en el cual el juez se convierte al mismo tiempo en legislador, establecida con base en la equidad y haciendo que la sentencia, aunque revista la forma de acto jurisdiccional, sea materialmente una ley: la ley del caso concreto.[99]

Lo cierto es que, aun dependiente de la voluntad particular, la jurisdicción expresa el "poder" de quien se la otorga. Es decir, el pueblo mismo. Es éste quien tuvo la potestad de autojuzgarse, de organizarse, de limitarse y, finalmente, de socializarse con base en el principio de los derechos compartidos.

Por eso la jurisdicción no deja de ser una función del Estado, pero el "poder" no le pertenece, al residir en los ciudadanos.

Como "deber", la jurisdicción observa una medida diferente. La preocupación señera es "resolver en justicia los litigios", sin importar quien lo haga ni qué procedimientos utiliza.

Enfrentadas las posiciones, han surgido corrientes de opinión adversas: quienes interpretan la jurisdicción como un "poder" (teoría abstracta) afloran el contenido público esencial, resaltando la actuación del derecho objetivo; en cambio, quienes la conciben como "deber" (teoría concreta), privilegian en la jurisdicción el derecho privado, destacando la tutela de intereses en conflicto y su justa decisión.

Ambas concepciones responden a tiempos históricos superados, hoy se acepta una complementariedad de los términos. Al respecto se dice que la jurisdicción

> es un poder-deber del Estado. Es un poder en cuanto se manifiesta como la finalidad de lograr la sujeción de todas las personas, incluyendo el propio Estado, a sus mandatos, como medio de preservar la paz social al impedir que tales personas tengan necesidad de hacerse justicia por mano propia...
>
> Como de tal forma existe un monopolio por parte del Estado para ejercer la jurisdicción, los individuos tienen la facultad, de raigambre constitucional, de requerir a los órganos particulares la prestación de tutela, que al presentarse como el ejercicio de un derecho, constituye por consiguiente, correlativamente un deber para el propio Estado.[100]

99 *Cfr.*, Biscaretti di Ruffia, *op. cit.*, nota 80, p. 519.

100 Di Iorio, Alfredo J., *Temas de derecho procesal*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 34.

Ahora bien, la teoría de la jurisdicción ha cobrado tal importancia que en algunos países, por ejemplo España, han comenzado a desplazar la noción misma de derecho procesal, para hablar de un "derecho jurisdiccional".

No obstante, la polémica persiste porque ha quedado pendiente esclarecer si son jurisdiccionales o no los procedimientos y resoluciones que dictan órganos que no ostentan el atributo del poder-deber conferido por las leyes fundamentales de un Estado cualquiera.

Estas consideraciones sobre el contenido fundamental de la jurisdicción permiten comprender como esta expresión abarca usualmente dos criterios de distinto alcance. Por una parte, el objeto representado por la concreta actuación del derecho objetivo con el fin de tutelar derechos e intereses específicos; por otro, el complejo de los órganos que la realizan.

De todos modos, la diversificación temática ocupa mucho más campo que el preconizado en ambas cuestiones; el moderno Estado de derecho, tan bien advertido por Cappelletti cuando señala la influencia de la revolución liberal en la configuración del proceso moderno, apunta a demostrar que existe un criterio sobre la jurisdicción directamente entroncado con la circunstancia histórico-política que refiera. Bien distintas podrán ser las conclusiones en un Estado democrático, respecto de otro dictatorial.

Aun así, la verdad del suceso manifiesta que para saber qué es la jurisdicción es preciso resolver la naturaleza de su objeto; para comprender su organización, debe estudiarse su trama institucional; y si queremos saber para qué sirve tendremos que analizar, exclusivamente, la función jurisdiccional propiamente dicha.

Nosotros hemos entendido que la jurisdicción desarrolla el papel del Estado en el proceso. Es el rol político que tiene pensado para los procesamientos y para la función que debe cumplir en ellos. La jurisdicción dimana de la soberanía y, por eso, sólo puede hablarse de "una" jurisdicción.[101]

A partir de esta noción se observa porqué existe un "deber" jurisdiccional de resolver los conflictos de intereses suscitados entre partes encontradas que, inicialmente componían sus problemas de mano propia. Y también, porqué preexiste un "poder jurisdiccional" anterior al conflicto obtenido de la apropiación que hace el Estado, como unidad organizada, para alcanzar la paz social.

Ello significa que necesariamente en el proceso jurisdiccional coexisten tres intervinientes: las partes y el juez. Cuando estos elementos no se encuentran no habrá función jurisdiccional propiamente dicha.

El derecho político y constitucional consagran la jurisdicción en el Poder Judicial, y ello es un hecho irrefutable que no admite miramientos huidizos. A lo sumo, si existen funciones típicamente judiciales en la administración o en el órgano legislativo, se procura responder dogmáticamente a ellas, sea para excu-

101 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 33, p. 150.

sarlas o justificarlas, o bien para exonerar el desvío otorgándoles un carácter que, por vía de principio, no es jurisdiccional.

El acto jurisdiccional reviste especialidad por el funcionario que ostenta la facultad de actuarlo y porque, precisamente, esa autoridad que inviste constituye la representación misma de la autoridad del Estado.

De todo ello surge, en consecuencia, que también la jurisdicción es una garantía, en el sentido de instrumento preciso para la protección de los derechos del individuo. Por ello, la verdadera función jurisdiccional no debe intelegirse por la mecánica aplicación del derecho objetivo, como sí, para darle el valor y respeto que las normas ponderan al conjuro de un cuerpo orgánico superior. De esta forma, a la jurisdicción no sólo le corresponde aplicar las leyes, sino controlar su constitucionalidad y fiscalizar la legalidad de los actos administrativos.

Cuando un poder diferente ejercita actividades típicamente jurisdiccionales, podemos colegir que, en realidad, no tiene jurisdicción, sino que están actuando funciones de ese carácter.

Lo importante, dado que en definitiva estará impartiendo justicia —*lato sensu*—, será que esas funciones mantengan el equilibrio interactuante de las denominadas "garantías de la jurisdicción", las que pueden agruparse en tres sectores: a) independencia del órgano; b) autoridad, y c) responsabilidad.[102]

Llegamos así a una instancia definitoria, debiendo elucidar qué es la jurisdicción constitucional.

Una vez más se puede asumir la explicación desde dos posiciones que no son opuestas. O la jurisdicción constitucional se razona a partir del "órgano actuante", y será actividad de tal característica la que realizan, por ejemplo, los tribunales constitucionales. O bien, la interpretación se basa en la materia que desenvuelven los jueces —cualquier magistrado—, en cuyo caso se concretará efectiva jurisdicción constitucional cuando se estén aplicando principios de supremacía y control constitucional.

La tesis "orgánica" se manifiesta con mayor elocuencia en Europa continental, a partir de la creación de tribunales específicos para activar roles de justicia constitucional. La Corte Constitucional Austríaca (1920), los tribunales constitucionales de Italia (1948), la ex República Federal de Alemania (1949); Grecia (1968), y más recientemente, España impulsada por su carta fundamental de 1978, son ejemplos de esta corriente.

Claro está que, en estos países no existen dificultades para caracterizar la "jurisdicción constitucional", precisamente porque ellas derivan, o bien de sus constituciones (en cuyo caso, se respeta la teoría de Montesquieu sobre las tres funciones del poder), o de leyes que garantizan la independencia e imparcialidad

102 *Cfr.*, Couture, Eduardo J., *op. cit.*, nota 87, p. 208; Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 87, p. 206.

del órgano, indispensable para soslayar la presión política que, por lo demás, fue habitual en los tribunales de la primera parte de este siglo.

Quizá, avisados de las eventualidades teóricas que plantea el conflicto entre ley y constitución, respecto a la superioridad de los órganos de justicia (si son supremos los provenientes de las cartas fundamentales, respecto a los que se originan en leyes comunes), existe una tendencia actual a reformar o dictar nuevas constituciones consagrando en sus disposiciones los principios referidos al nombramiento, estructura prevista, atribuciones, límites y competencias de los jueces.

En América Latina, en cambio, la "justicia constitucional" reconoce su fuente en la Constitución de Estados Unidos de 1787.

Una abrumadora mayoría de las actuales cartas fundamentales adopta el sistema americano de control de constitucionalidad difuso, es decir, que asigna a cada juez del sistema y, especialmente, a los tribunales supremos la función de decidir sobre la supremacía de las normas constitucionales.

En este sector, la amplitud de funciones constitucionales de los jueces ordinarios confunde, de alguna manera, cuál es la verdadera justicia constitucional. Pero la dificultad no es importante, porque apenas se observe la actuación desarrollada y la sentencia emitida, esencialmente ésta, habrá de deducirse la actividad específicamente tutelar de las normas básicas para los derechos del hombre.

Una proyección importante en lo que venimos diciendo se constata en la tendencia a aplicar sin cortapisas ni prevenciones, la tesis de la superioridad constitucional declarando las inconstitucionalidades correspondientes con alcance general, aun cuando, por vía de principio, algunos países conservan la desaplicación para el caso concreto.

En síntesis, la jurisdicción constitucional existe y se reconoce como la tarea más importante que la justicia debe realizar. Se trata, precisamente, de controlar el principio que aspira a la efectiva protección del hombre en sus derechos fundamentales. Estas disposiciones podrán ser constitucionales, provenientes de tratados o convenciones entre naciones, ser normas de principio, o meras disposiciones internas sostenidas en leyes comunes; en todos los casos será deber de los tribunales integrar el ordenamiento de acuerdo con el espíritu superior del constituyente.[103]

27. *Sistemas para el control de la constitucionalidad de las leyes*

La idea sobre que las normas fundamentales debían regir el destino de los pueblos aparece ya en el derecho romano y, antes aún, con las ciudades griegas.

103 *Cfr.*, Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 87, p. 249.

Por supuesto, la estructura de entonces no era la actual, porque su base estaba en normas consuetudinarias que la sociedad aceptaba y exigía que se cumplieran como una manera normal de vivir en sociedad.

También de entonces era la preocupación por preservar la autoridad en su justa medida. Tanto como se procuraba evitar la acumulación de poder, como el control de quienes lo tenían. Ejemplos de ello eran las magistraturas dobles de la república romana; la actuación del Senado como órgano moderador y los tribunos de la plebe, con atribuciones para impedir la ejecución de leyes que afectaran al grupo social al cual representaban.[104]

Pero si los instrumentos de tutela constitucional ya eran conocidos, el estudio sistemático de ellos es reciente, y tiene como punto de partida el estudio de Carl Schmitt sobre la "Defensa de la Constitución".[105]

Este notable y polémico jurista (su afiliación al nazismo le jugó suertes diversas) afrontó el estudio constitucional como un "todo" inescindible que debía preservarse y protegerse para evitar los avasallamientos del poder político.

Señala Fix-Zamudio que para entender gráficamente la intención del autor, hay que partir de la base de que la

> protección de la Constitución está formada por todos los medios, instrumentos e instituciones que el Poder Constituyente ha estimado necesarios para mantener los poderes políticos dentro de las esferas que se han trazado en la Ley Suprema, y por lo tanto, a través de los mismos, se tiende a lograr la marcha armónica y equilibrada de los mismos factores entre sí, o en otras palabras, a la coordinación armónica de los diversos organismos en que se divide el supremo poder político para su ejercicio y de esta manera lograr, por el mismo equilibrio de las instituciones, que se respeten los límites que a dicho ejercicio de la autoridad ha establecido la Carta Fundamental, y en consecuencia, también se respeten los derechos esenciales de la persona humana consagrados en la Constitución.[106]

Esta primera parte en los objetivos indica la seguridad que se persigue en el sistema de pesos y contrapesos entre los órganos de la Constitución. Pero no son los únicos, porque defender la carta suprema también incide en las disposiciones políticas (el carácter ideológico de una ley fundamental), económicas (con sus proyecciones en los derechos de tal carácter), sociales y jurídicas.

De ellos interesa detenernos en los controles jurídicos, que se manifiestan por dos conductos esenciales para cualquier sistema. El principio de la supremacía tiene particularidades que veremos de inmediato; y el otro se refiere a los mecanismos "dificultados" de reforma, los que difieren según el modelo constitucio-

104 *Cfr.*, Mommsen, Teodoro, *Compendio de Derecho Público Romano*, Buenos Aires, Ejea, 1942, p. 161; Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 50, p. 90.

105 Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 73, pp. 90-91.

106 Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 104, p. 92.

nal sea "rígido" (y requiere constituir una Asamblea Legislativa para impulsar los cambios), o "flexible" (se reforma por procedimientos comunes, sin requisitos sustanciales).

La defensa de la Constitución requiere, entonces, un complejo entramado de circunstancias y móviles de atención. Reposa en el fundamento de impedir que se alteren las disposiciones que fueron dictadas "de una vez y para siempre", conforme al espíritu elemental de quienes la inspiraron. Como conjunto normativo, tiene sus controles entre los órganos mismos del poder, o a través de instituciones que específicamente se dicten.

De hecho, el principio básico está en el carácter supremo de las cartas constitucionales. Esa idea tiene un origen distinto.

1) Origen de los grandes sistemas para el control de constitucionalidad

A fines del siglo XVIII, coincidiendo con lo que se ha llamado "era constitucional", dos grandes revoluciones dan cuenta de un cambio absoluto en la lucha del hombre por su libertad. El fundamento filosófico no fue idéntico, aunque en las dos las consecuencias tienen parangones visibles.

La declaración de la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica llevó a que se dictara la Constitución de 1787; y la Revolución francesa de 1789 determinó el hito esencial para los derechos del hombre que, con ilusión y fantasía, se pensaron que una vez consagrados no requerirían de más fomento y protección.

a) Sistema americano (jurisdiccional)

En Estados Unidos se arbitró a través de los jueces (sistema de confianza) la interpretación de las normas y su correspondencia con la Constitución. Si bien es cierto que no surge de la carta fundamental esta atribución, la realidad práctica ha consagrado esta tarea de vigilancia y revisión.

El famoso caso "Marbury vs. Madison", sentenciado en 1803, explica la sustentación del llamado "sistema americano" al cual le podemos agregar la característica de ser "jurisdiccional", al provenir del control de los jueces que la practican.

El voto del juez Marshall resalta de qué manera la esencia de la libertad civil consiste en el derecho de cada individuo a demandar la protección de las leyes. Los poderes con que cuenta el Estado no son absolutos y eso vale para todos los que participan del gobierno. La Constitución controla todo acto legislativo en razón de ser la ley superior, y si existe alguna disposición u otra ley que se le oponga, será deber de los jueces evitar el conflicto, declarando la inaplicabilidad de la ley de rango inferior.

La confianza en la rectitud y honestidad de la judicatura subyace en la sentencia apenas bosquejada. La crítica a este tipo de control, fundada en el peligro de exacerbar los poderes de los jueces, es inimaginable dentro de este esquema.

Si son justamente los jueces quienes deben intervenir "en todas las causas" que se susciten como consecuencia de la aplicación de la norma fundamental es dentro de sus expresas facultades que les corresponde ejercer este tipo de control.[107]

b) Sistema político

La Revolución francesa animaba un espíritu distinto al que sucedió en América. Allí, los jueces habían cubierto un espacio político, absolutista e indiferente a las necesidades del pueblo.

Eran seres desconfiados, y por eso, la voluntad de predominio en las normas no podía asignarse a los magistrados, era preciso crear nuevas figuras.

En la filosofía del sistema, el pueblo es el único creador de las normas, porque en él reposa la soberanía y voluntad para crearlas. Los jueces sólo debían de aplicarlas, como autómatas carentes de interpretación y valoración de sus preceptos.

La Constitución francesa de 1946 concreta el "Comité Constitucional" que, desde 1958, resuelve en el "Consejo de Estado y Constitucional" la tarea de evaluar la supremacía de la carta superior del Estado.

Fiel, entonces, al más puro concepto jurídico de la revolución, conserva en el órgano político (por ser representantes del pueblo) la difícil misión de preservar la constitucionalidad de las leyes.

Las funciones que realiza el Consejo se determinan en la Constitución de 1958. Entre las tareas específicas se encuentra la de pronunciarse, obligatoriamente y siempre de manera previa a la promulgación, sobre la constitucionalidad de las leyes orgánicas y reglamentarias del cuerpo legislativo, y respecto de cualquier otro ordenamiento, a petición del presidente de la República, del primer ministro, o de los presidentes de cualquiera de las dos cámaras parlamentarias, con el efecto de que si la decisión del Consejo es en el sentido de la inconstitucionalidad del ordenamiento respectivo, el mismo no puede ser promulgado (artículos 61 y 62 constitucionales, reglamentados por ley del 7 de noviembre de 1958).[108]

La naturaleza política del Consejo Constitucional tiene en Francia interpretaciones diversas.

Marcel Waline[109] caracteriza al organismo como cuerpo jurisdiccional, basándose en dos elementos que —dice— se complementan: el conocimiento e interpretación del derecho aplicable y el valor definitivo del pronunciamiento.

Podríamos agregar que, de algún modo, la jurisdicción puede provenirle, también, de la independencia e imparcialidad de sus miembros, pero ésta es una característica "política", que no es estrictamente judicial.

107 *Cfr.*, Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 33, p. 40.

108 *Cfr.*, Fix Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 73, p. 350.

109 Waline, Marcel, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 2a. ed., París, Sirey, 1979, pp. V-XIV.

La calidad "política" del Consejo la sostiene, entre otros, quien fuera su presidente, Chenot quien, en 1977, dijo que "el Consejo Constitucional es un cuerpo político por su reclutamiento y por las funciones que cumple".[110]

Ésta última tiende a ser dominante, sobre todo a la vista del desarrollo y actividades que cumple el Consejo. Por otra parte, no ha logrado asimilar sus funciones a las que realizan los Tribunales Constitucionales europeos (que siguen el modelo austríaco), siendo su principal obstáculo la intervención preceptiva y apriorística que lo caracteriza.

c) Sistema mixto

Entre ambos mecanismos (jurisdiccional y político, o si se prefiere, de confianza o desconfianza en los jueces), el ilustre jurista Hans Kelsen imaginó y concretó para Austria (1920) una Corte Constitucional de carácter jurisdiccional, cuyo modelo tuvo notable disposición para adaptarse a las demás legislaciones de Europa continental.

Llega a ser tan grande la influencia que, dogmáticamente, hoy suele hablarse solamente de dos sistemas en el control de constitucionalidad de las leyes: el americano y el austríaco (en clara referencia a los países que marcan el rumbo).

En América, el progreso de esta corriente se muestra con elocuencia en Guatemala y Chile (aun cuando su tribunal fue suprimido por las fuerzas golpistas de 1973). En el primero, el artículo 262 Constitucional creó una "Corte de Constitucionalidad" que funcionaba al lado de los tribunales de amparo. La reforma de la ley suprema de 1985 (que entró en vigencia el 14 de enero de 1986) restableció el sistema democrático y sus instituciones, recreando la Corte como tribunal permanente de jurisdicción privativa, colegiado, e independiente de los demás órganos del Estado, con la misión esencial de defender el orden constitucional y las demás atribuciones que la ley superior le confiere en la materia.[111]

En la misma dirección del modelo jurisdiccional concentrado, otras naciones latinoamericanas han establecido Cortes Constitucionales. Por ejemplo, Ecuador (1978), Perú (1979) y, recientemente, Colombia (1991).

2) Jurisdicción difusa

El sistema difuso organiza el control de constitucionalidad sobre la base del sistema americano; es decir, que otorga a todos y cada uno de los jueces la potestad de revisar la adecuación normativa a la carta fundamental.

110 *Cit.* por Luchaire, Francis, "Le Conseil Constitutionnel est-il une jurisdiction?", *Revue du droit public et de la science politique*, 1979, núm. 1, p. 31. *Cfr.*, Fernández Segado, Francisco, "El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes: su evolución", Quiroga León, Anibal (comp.), *Sobre la jurisdicción constitucional*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, p. 123.

111 *Cfr.*, González Rodas, Adolfo, "La Corte de Constitucionalidad de Guatemala", *Cuadernos Constitucionales de México Centroamérica*, México, 1992, p.10.

El razonamiento es sencillo: el magistrado en ejercicio del poder jurisdiccional, que dimana de la soberanía del Estado está obligado a interpretar la ley a fin de adecuarla a los preceptos que manda la supremacía constitucional; si encuentra que existen leyes o normas en conflicto, debe aplicar aquélla que cuente con preeminencia, y si son de igual jerarquía, debe recurrir a principios generales tales como, *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, etcétera.

Precisamente esta "potestad" interpretativa es la que le otorga al sistema un verdadero "poder", que algunos autores consideran que es "político", pues si éste consiste en el poder de "impedir", y si el control de constitucionalidad se traduce en la no aplicación de ciertas normas que se estiman repugnantes respecto a leyes superiores, la conclusión lógica es que los jueces están investidos de cierto "poder político" en virtud del cual proceden a la descalificación (aunque sea únicamente para el caso concreto) de las leyes y demás disposiciones que aparezcan en contradicción con la supremacía constitucional: al no aplicar los jueces esas normas, por declararlas inconstitucionales, están generando un auténtico "poder político".[112]

Sin embargo, esta presentación del esquema resulta insuficiente si no destacamos que, a partir de Kelsen,[113] se demuestra que no se agota en la interpretación la tarea del juez. En efecto, al resolver el conflicto está creando una nueva norma, de manera que la mayor parte de los actos jurídicos que desenvuelve son, al mismo tiempo, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplica una norma de grado superior y crea otra de grado inferior.

Algunos sistemas regidos por el *common law* no atienden esta actitud creadora, prefiriendo adoptar el temperamento del precedente *(stare decisis)*, el cual es obligatorio y determina el criterio a seguir.

En suma, la existencia de un conflicto suscitado entre individuos de la sociedad es resuelta por el juez en una doble etapa de conocimiento (adecuación e interpretación de la ley) y ejecución (objetivización; creación de la norma individual) de lo decidido.[114]

Al ser una decisión jurisdiccional, cuenta con los alcances de la cosa juzgada (efectos inmutables y definitivos).

112 *Cfr.*, Vanossi, Jorge Reinaldo A., *Teoría constitucional*, tomo I, Buenos Aires, Depalma, p. 78. Carrillo Flores, Antonio, *op. cit.*, nota 30, p. 92.

113 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1969, p. 154. Se demuestra que no se agota en la interpretación la tarea del juez. En efecto, al resolver el conflicto está creando una nueva norma, de manera que la mayor parte de los actos jurídicos que desenvuelve son, al mismo tiempo, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplica una norma de grado superior y crea otra de grado inferior.

114 *Cfr.*, Loianno, Adelina y Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "El control de la constitucionalidad de las leyes. Iniciativa, medios y alcances", *La Ley*, Argentina, tomo 1985-E, pp. 865 y ss.

Pero, ¿qué ocurre cuando al juez se le recortan liminarmente esas facultades de control? La estructura gnoseológica del sistema difuso discurre en una integración normativa; la norma constitucional orienta la general y ésta condiciona a la individual.

Cuando alguna de ellas renuncia al predominio fundamental se produce el conflicto, y entonces, cabe interrogarse ¿qué es más importante para el Estado, que un juez conozca y resuelva el conflicto individual, preservando los derechos particulares? o ¿es más trascendente la defensa social, aunque la composición del litigio importe desatender el problema concreto que se planteó? Es posible que pueda surgir una clara oposición entre una y otra posibilidad.

Esta polémica, aumentada con otros cuestionamientos como los que emergen de la identificación entre jueces y legisladores, o al poder político que a los jueces se le confieren, son las causas principales de resistencia a este sistema.

3) Jurisdicción concentrada

Para referirnos a este mecanismo hemos de recordar que, motivada por su aparición histórica, constituye una tercera posición que rompe la dicotomía entre el sistema político y el judicial. En realidad, es una variable de este último, porque la jurisdicción concentrada supone la constitución de un tribunal específicamente destinado al control de constitucionalidad de las leyes. Obviamente, este cuerpo tiene funciones jurisdiccionales.

Ha dicho Cappelletti que

> En el sistema de control concentrado, la inconstitucionalidad, y por consiguiente la invalidez (y por tanto, la inaplicabilidad) de la ley, no puede ser determinada y declarada por cualquier juez como una simple manifestación de su poder-deber de interpretación, y de aplicación del derecho a los casos concretos sometidos a su conocimiento. Por el contrario, los jueces comunes (civiles, penales o, en su caso, administrativos) son incompetentes para conocer la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes, así sea, *incidenter tantum*, es decir, con eficacia limitada al caso concreto.[115]

Hay modalidades en el régimen reglamentario de este instrumento de control. A veces, la cuestión constitucional se promueve directamente, sea por acción o excepción, a cuyo fin cuentan con legitimación procesal una amplia gama de interesados (v. gr.: órganos políticos, jueces ordinarios, partes en sentido sustancial, etcétera). En otras, la actuación del órgano deviene incidental o prejudicial.

En el supuesto de que el propio juzgador deseche la cuestión de inconstitucionalidad, por no tener relación con la causa o ser manifiestamente infundada,

115 Cappelletti, Mauro, *El formidable problema del control de constitucionalidad de las leyes*, México, UNAM, 1976, p. 41.

esta resolución no impide que el problema vuelva a plantearse en cualquier etapa del proceso, pero sólo cuando el tribunal de instancia considere pertinente que esta cuestión se encuentra en condiciones de elevarse al Tribunal Constitucional.

La actividad de estos órganos colegiados es polifacética y diversa. Si bien conservan la función primordial de control de la supremacía, en España, por vía de ejemplo, también interviene en acciones de amparo por violaciones a garantías, y realiza el control preventivo de la constitucionalidad de los tratados internacionales.

La diferencia es importante, porque se aparta del modelo austríaco que fuera guía y modelo de los sistemas continentales europeos. Idéntica conclusión puede llegarse respecto a los sistemas italiano y alemán.

Aclara García de Enterría que en España se ha cuidado en separar de manera rigurosa a los jueces y tribunales ordinarios de la Constitución, siendo el Tribunal de Garantías el único enlace con ella.

Agrega

> El juicio que este Tribunal se reserva, de eliminar (*ex nunc*) las leyes inconstitucionales no llega a expresar una verdadera relación de jerarquía normativa de la Constitución sobre la Ley, justamente porque la Constitución no es aplicada como verdadera norma superior; esa eliminación de la ley inconstitucional es, más bien, expresión de una relación entre Constitución y legislador y no entre Constitución y Ley, o dicho en la jerga propia de la doctrina, de una relación especializada entre Constitución y el órgano facultado para la eliminación de las leyes que no son compatibles con ella, el "legislador negativo". Lo esencial aquí, es que la invalidez de la Ley no es el efecto de la Constitución, sino de la decisión del legislador negativo. Los Tribunales ordinarios están sólo vinculados a las Leyes y a las decisiones del legislador negativo, no a la Constitución...[116]

Pero esta conclusión tan rigurosa no resulta extrema, porque el mismo autor sostiene que el Tribunal Constitucional no es en modo alguno el único intérprete de la supremacía constitucional, debiendo interpretarse que el "monopolio" lo tiene en la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y no en cualquier aplicación de la Constitución.[117]

28. *Formas de control*

En los sistemas analizados anteriormente existen formas de instrumentar el control de la constitucionalidad de las leyes. De la misma naturaleza del mecanismo se derivan manifestaciones que caracterizan a unos y otros.

116 García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, p.60.

117 *Ibidem*, p. 65.

1) Control político (preventivo)

La "desconfianza en los jueces" pondera de manera especial la idea de privarlos de cualquier poder político.

El argumento reiterado proviene del resultado de la aplicación rigurosa de un pensamiento que poco a poco se fue imponiendo durante y bajo la revolución.

Rousseau decía que la ley era la expresión de la voluntad general, y como tal era sancionada por el Parlamento. Este órgano primero fue visto como la representación misma de la soberanía nacional y, después, al poco tiempo, como muestra de la soberanía nacional. En realidad era el único cuerpo orgánico que elegía directamente el pueblo.

Suprimiendo etapas de la evolución, en síntesis resumía que el pueblo era igual a la ley, o sea que la ley era el resultado del pueblo.[118]

Siendo así, no podía concebirse cómo un juez podía tener tanto poder como para negar la aplicación de las leyes; resultando imperioso, entonces, encontrar un sustituto que interpretara la norma, sin apartarse de su contenido.

La atribución a un órgano especial de carácter político para garantizar la función de la norma constitucional tiene origen en Francia, cuando la carta constitucional de 1852 (artículos 91 y subsiguientes) atribuyó el control de la constitucionalidad de las leyes al denominado "Comité Constitucional".

Fue así que se pretendió impedir el *gouvernement des juges*, aunque justo es decirlo, en la práctica, el desarrollo de este sistema de actividad "preventiva" ha dejado de ser un elemento diferenciador respecto a los mecanismos jurisdiccionales.

Observado el instrumento en su dinámica vemos que la norma no resulta estudiada por contener un conflicto constitucional, sino que se la analiza en abstracto, en forma previa a su promulgación, evitando su dictado y puesta en vigencia cuando se encuentran obstáculos fundamentales que la inficionan.

2) Control jurisdiccional (reparador)

En las antípodas del sistema anterior, el control de la constitucionalidad de las leyes a través de los jueces reconoce "plena confianza" en la función jurisdiccional.

Su origen se atribuye a los Estados Unidos de Norteamérica, aun cuando se han encontrado antecedentes en algunos fallos del Consejo Privado de la Corona fiscalizando la actividad de los tribunales de la colonia inglesa. Según Fix-Zamudio, además de

118 *Cfr.*, Vanossi, Jorge Reinaldo A., "Introducción a los sistemas de control de la constitucionalidad", Argentina, *La Ley*, tomo 1980-A, p. 87.

> Este control sobre los tribunales coloniales, influyó en el establecimiento de la revisión judicial, la doctrina del famoso magistrado inglés lord Eduard Coke, contenida en el clásico asunto del "Dr. Bonham", resuelto en el año 1610, y si bien no tuvo aceptación en la propia Inglaterra, debido precisamente al principio de la supremacía absoluta del Parlamento, fue acogida por los jueces coloniales norteamericanos, señalándose que ya en el año 1657 los tribunales de Boston estimaron en forma clara que de acuerdo con la tesis sustentada en el citado caso "Bontham", tenían facultad para invalidar una ley local.[119]

De todos modos, es en Estados Unidos donde el mecanismo se implementa y extiende, hasta consolidarse en el conocido asunto "Marbury *vs.* Madison" del año 1803.

El principio general es que la revisión no puede someterse ni plantearse en un proceso constitucional autónomo y específico, iniciado *ad hoc* por medio de una acción especial (iniciativa); por el contrario, el planteamiento ha de ser incidental, o por vía de excepción y de aplicación estricta al precepto que se cuestiona y para el caso donde se aplica (alcances); queriéndose significar, además, que la competencia para resolver estos conflictos de constitucionalidad, corresponde al mismo órgano judicial que debe conocer y decidir el caso concreto (es decir, que hemos salido de la abstracción del sistema político).

El denominado "sistema jurisdiccional" de control reposa así en los siguientes elementos: a) necesidad de un caso concreto donde se plantee la cuestión constitucional (originando el problema si este caso puede ser deducido de oficio por los mismos jueces intervinientes); b) la decisión no tiene, por vía de principio, más proyecciones que para el litigio que se resuelve (es decir, no tiene efectos *erga omnes*, aun cuando hemos de analizar la incidencia de este tema en la evolución posterior del sistema); c) debe considerarse como una situación excepcional y sujeta a otros requisitos procesales tales como, demostrar la relación directa e inmediata que tiene el sujeto activo respecto a la ley que denuncia como inconstitucional; demostrar también los perjuicios que la aplicación de la norma le causa; debe interponerse el caso oportunamente y la "causa" debe mantener actualidad al tiempo de resolverse. El juez no podrá declarar cuestiones de constitucionalidad cuando los temas resultan abstractos o no generan efectos siguientes.

El sistema jurisdiccional tiene dos proyecciones institucionales que denominan los nombres de "control constitucional difuso" y "control de constitucionalidad concentrado".[120]

Ambos coinciden en que el mecanismo de revisión lo realizan los magistrados; mientras en el sistema difuso puede ser cualquier juez del sistema jurisdic-

119 Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 87, p. 145.

120 *Cfr.*, parágrafos 27.2 y 27.3.

cional del país, en la dinámica del control concentrado ningún juez inferior puede decidir sobre las cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes que se le planteen en los procesos concretos de que conozcan, debiendo excusarse y elevar las actuaciones a las Cortes especialmente designadas a tal efecto. En algunos supuestos deben suspender el procedimiento y en otros continuarlos.

En cambio difieren en dos modalidades decisivas para delinear la fisonomía del sistema. Una de las cuestiones estriba en la obligatoriedad que tienen los fallos en las sucesivas determinaciones de inconstitucionalidad de temas vinculados (doctrina del precedente obligatorio), y otra en el problema de la función fiscalizadora ejercida sin petición de parte interesada.

En América Latina, la mayoría de los países han optado por el sistema difuso de revisión judicial, siendo diversos los instrumentos procesales que mejor lo realizan. Mientras en México el amparo resulta la herramienta adjetiva por excelencia; en Venezuela se utiliza el recurso de protección; en Argentina y Brasil el recurso extraordinario de inconstitucionalidad. Estas naciones organizan el control permitiendo el curso de todas las instancias de los procesos ordinarios, de manera que las Cortes Superiores se convierten en el intérprete final de las cartas fundamentales.

En una segunda categoría de modalidades existen sistemas que priorizan agotar la problemática constitucional en sólo una instancia. Por ejemplo, el llamado "recurso de inaplicabilidad" de Chile por el cual

> La Corte Suprema de oficio, o a petición de parte, en las materias que conozca o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento (artículo 80 constitucional).

3) La doctrina del precedente obligatorio

Esta doctrina vincula por igual a los dos sistemas jurisdiccionales de control. Consiste en aceptar que el fallo emitido por el Tribunal Superior (las Cortes Supremas locales o, en su caso, los Tribunales Constitucionales) tiene carácter definitivo, debiendo aplicarse sus postulados a los casos que muestren semejanzas de tal grado que admitan la extensión del precedente.

En Costa Rica, el artículo 13 de la ley de jurisdicción constitucional puntualiza que: "La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma".

Se afirma que son razones de seguridad jurídica las que imponen continuar con los criterios adoptados en pronunciamientos anteriores; a la par que se rati-

fica con ello la igualdad entre las partes, al tener la diversidad de postulantes una consideración similar que evita la confrontación entre intereses coincidentes.

Sagües sostiene que

> es evidente que ciertos valores jurídico-políticos, de gran significación, aconsejan que la Corte repita sus respuestas jurídicas (orden, seguridad, igualdad, etcétera). Una Corte Suprema incoherente, autocontradictoria y demasiado versátil provocaría, sin duda, un grado de incertidumbre jurídica inaceptable. En principio, pues, es bueno que la Corte se respete a sí misma, incluso para exigir que los tribunales inferiores la respeten a ella. No obstante, razones de justicia aconsejan la perfectibilidad de aquellas respuestas, en tren de mejorarlas, así como cambios en el contexto de vida bien pueden exigir alteraciones en las reglas sentadas por la Corte. Por lo demás, las expectativas sociales y el desarrollo político de una comunidad no son factores ajenos a la interpretación de la Constitución... En síntesis, una Corte Suprema está habilitada para modificar su criterio, prudentemente, en pro de un mejor acercamiento a la justicia. Resulta claro, eso sí, que al abandonar una tesis debe dar sus razones, no sólo por motivos de docencia jurídica sino también para justificar, delante de la comunidad, porqué una norma ayer quería decir una cosa, y hoy otra: un cambio de precedente obliga, pues, a una mayor fundamentación en la sentencia del caso.[121]

El *stare decisis* destaca las bondades que tiene en el sistema judicial americano, donde la declaración de inconstitucionalidad de una ley que, por vía de principio, tiene aplicación al caso concreto, obtiene por la doctrina del precedente obligatorio una extensión inesperada, puesto que, en realidad, el caso concreto toma alcances generales al tener que utilizarse nuevamente la doctrina pronunciada.

En los sistemas concentrados la utilidad del mecanismo resulta manifiesta, más allá de la situación que propicia la unidad de jurisdicción. Es decir, resulta lógica que se aplique esta teoría en los mecanismos concentrados porque no hay diversidad de enfoques y la discusión ya fue practicada, siendo entonces inútil reiterar argumentos a no ser que surgiesen nuevas cuestiones que aconsejaran la reconsideración.

En cambio, en la jurisdicción de control difuso nos hemos pronunciado en contra de este sistema,[122] fundados en las siguientes estimaciones.

Si la supremacía constitucional es defendida por todos los jueces del sistema sin importar la jerarquía de instancia en que se desenvuelvan, la "confianza" reposa en un sistema orgánico integral por el cual "todos" se alzan contra las normas inconstitucionales.

121 Sagües, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1992, tomo I, pp. 204-205.

122 *Cfr.*, Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "Alcance y vigencia de los fallos plenarios", *Respuestas Procesales*, Buenos Aires, Ediar, 1991, *passim*.

Los pareceres individuales son la clave de bóveda y las escalas recursivas permiten unificar la jurisprudencia que pueda tornarse dispar, de manera que no existen riesgos de opiniones discordantes que priven de seguridad e igualdad jurídicas.

Si obligamos a los jueces a respetar y seguir los fallos de los tribunales superiores estaríamos privando al mecanismo difuso de su "quintaesencia", porque ya no habría interpretación alguna, más bien, existiría una actividad mecánica de adecuación que nos aparece impropia en la tarea jurisdiccional.

Asimismo, el principio jurídico que postula el *iura novit curia*, según el cual el juez conoce del derecho y lo aplica sin necesidad de seguir las pretensiones de las partes, también quedaría sin respaldo suficiente, por cuanto tampoco el juez aplicaría el derecho que "le corresponde su saber y entender", sino el que otros le indican que debe utilizar.

Si aquél estuviese errado, o su interpretación fuese fugitiva del ordenamiento jurídico, las instancias de apelación solucionarían el equívoco o la arbitrariedad, dando una vez más seguridad e igualdad al sistema.

El proceso mismo, en su sistemática de llevar garantía a los justiciables, se enfrentaría con un sustancial perjuicio en los derechos que son actuales y presentes, al tener que aplicar situaciones distintas con sus soluciones. La misma norma, considerada en abstracto, tendría idéntica aplicación aun cuando los casos no fuesen absolutamente idénticos. Y bien sabemos que, en cuestiones de derecho, cada problema es un mundillo de alternas posibilidades de pacificación.

Un nuevo interrogante: ¿no estaría el juez que aplica el precedente dándole efectos retroactivos a la ley individual que aplica al presente?

En la pirámide ideal que Kelsen imaginara, las sentencias individuales son las leyes del caso concreto, no las que se crean y proyectan con alcances generales.

Es evidente que el *stare decisis* obraría en contra de los términos anteriores, dando permanente actualidad a una situación que, en los hechos, devino abstracta.

De igual modo, un contingente procesal también se pone en cuestión cuando se extiende incausadamente. La cosa juzgada, con sus efectos y alcances, no puede alcanzar a terceros que no fueron parte en los hechos, de manera que resolver extensivo a ellos la situación de derecho creada para otro caso violenta y sacrifica esta forma de dar seguridad y justicia.

De todos modos, el problema de la uniformidad de la jurisprudencia, que es en definitiva el problema que hay que resolver y que inspira la sistemática del "precedente obligatorio", no se resuelve —entendemos— prohibiendo a los jueces interpretar como el sistema difuso los autoriza; en todo caso será hora de abordar la temática a partir de la necesidad de verdaderos tribunales de casación e interpretación constitucional.

4) El valor de los pronunciamientos de los superiores tribunales cuando no se acepta la doctrina del precedente obligatorio

El *quid* que emana de no aceptar la doctrina del precedente obligatorio es ¿qué ocurre, entonces, con los fallos de los tribunales superiores? ¿qué valor jurídico aportan? si ya no son obligatorios ¿no tienen, al menos, el alcance de una recomendación importante fundada en la formación del órgano que la expide?, y en su caso ¿porqué no plantear la obligatoriedad como una causa que evite transitar por distintas etapas del litigio cuando sabemos anticipadamente el criterio del superior tribunal de justicia? ¿No es más justo y seguro, aplicar antes el precedente que una vez que la paciencia de los justiciables llega al hartazgo por la lentitud procesal?

Del cuestionario surgen dos corrientes principales, sin perjuicio de ramificaciones que cada una presenta. La tesis más antigua es la que aconseja el "seguimiento sin restricciones" de la jurisprudencia emitida por los tribunales supremos locales; en oposición a ella, otros indican que el "sometimiento es condicionado" a los pareceres y adecuaciones que la justicia inferior realice en función de su tarea vigilante de la supremacía constitucional.

La polémica tiene sus prolegómenos en otro fenómeno de repercusiones similares, como resulta la "interpretación de las normas" a través de sus diferentes corrientes. Por tanto, será conveniente ir tejiendo conjeturas y posibilidades de respuesta al compás de los sones que interprete el método de inteligencia que se pretende instaurar en la revisión jurisdiccional de las leyes.

a) La doctrina del acatamiento absoluto

En los sistemas difusos de control, como vimos anteriormente, existe un deber "no escrito" por el cual los jueces inferiores tienen que conformar sus decisiones a lo que la Corte Superior haya resuelto en casos análogos.

Tal deber se funda, entre otros argumentos, en la presunción de verdad y justicia que invisten las sentencias del máximo cuerpo jurisdiccional de un país; es decir, el respaldo emergente de un singular prestigio institucional.

De esta forma se evitan las insistencias recursivas y se ofrece celeridad y economía a los procedimientos. También así se consigue evitar el *strepitus fori* que, de seguro, generan los fallos contradictorios.

La doctrina del "acatamiento liso y llano" se respalda, a veces, en las mismas cartas constitucionales. En Argentina, por ejemplo, la Constitución de 1949 —que no rige en la actualidad— decía en el artículo 95 que "la interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recursos de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales".

El marco constitucional es muy importante para esclarecer la tendencia, sobre todo, cuando a través de ella se indica la forma prevista para salvaguardar la supremacía.

Esta corriente tiene, a su vez, dos cuestiones que le demarcan caminos que seguir. Dando por cierto que los fallos superiores son obligatorios para los órganos jurisdiccionales de inferior grado, queda latente ¿qué obligatoriedad tienen para el mismo órgano superior?

En países donde la estabilidad institucional del Poder Judicial juega su suerte con criterios no jurídicos, la mutación de los tribunales supremos es un signo inequívoco para cuestionar la permanencia de los fallos precedentes.

Una nueva integración puede modificar sustancialmente el juego de mayorías coincidentes, y de suyo, alterar la interpretación de una doctrina que marque la inteligencia signada para una norma constitucional.

Cuando la Corte entroniza su función de último intérprete y fiscalizador de las reglas fundamentales existe cierta definitividad en el criterio, es cierto, pero ello no indica que esa orientación (o la nueva télesis del último tribunal integrado) deba ser definitivo, también, para los jueces inferiores.

En efecto, en la tesis kelseniana, adoptada como sistema metodológico para deducir la función jurisdiccional, el juez actúa en casos concretos y dicta sentencias individuales para ese caso. Esta resolución es la respuesta del Estado a esa cuestión en particular.

Por supuesto que, en la pirámide pensada, la escala recursiva permite la actuación de los tribunales superiores, aun cuando se condiciona —por aplicación de principios generales— a exigencias tales como que el fallo impugnado afecte las garantías o inteligencias asignadas a normas constitucionales.

De ello se sigue que todo juez puede aplicar parámetros distintos sin que ello vulnere la seguridad jurídica. Son los jueces naturales de la causa y los que, mediante competencia, el justiciable tiene para la correcta resolución de sus conflictos.

Está claro, en consecuencia, que el sistema constitucional es el que únicamente puede atribuir obligatoriedad a los pronunciamientos de las Cortes Federales o Superiores de una Nación, y jamás hacerlo el propio órgano judicial a través de sus sentencias.

En todo caso, el valor de esos dictados será orientativo, dando pie a los siguientes posicionamientos.

b) Doctrina de la aceptación condicionada

Un valioso voto ha sostenido que

> Si las sentencias de la Corte Suprema de la Nación Argentina impusieran dependencia más allá de los procesos en que se dictaren, equivaldrían, cuando interpretan leyes, a la ley misma y, cuando interpretaran a la Constitución, a la propia

Constitución. Pero el Poder Judicial no puede ejercer poderes legislativos ni constituyentes. Y no se advierte una zona intermedia: no bien la sentencia judicial fuese dotada de imperatividad general, impersonal y objetiva resultaría provista, por ese sólo hecho, de los caracteres que nuestro sistema republicano reserva a la Constitución y a la ley. La diferencia existente entre normas constitucionales y legales y las sentencias judiciales es cualitativa y, en consecuencia, no puede obviarse por alta que sea la jerarquía institucional, moral y científica de un tribunal de justicia. Es de la esencia de la función judicial el deber de aplicar directamente la Constitución y la ley, sin que estas normas deban ser previamente interpretadas, con efecto vinculante, en otras sentencias judiciales en su momento dictadas para resolver otros casos concretos... Contra lo expuesto no pueden invocarse razones de seguridad jurídica, tranquilidad pública y paz social, ni de buen orden, necesidad y estabilidad institucional, puesto que, precisamente a la inversa, en el sistema jurídico argentino la satisfacción de tales objetivos se busca mediante la organización de división de poderes que obsta el ejercicio de la jurisdicción más allá de los casos a que se refieren las sentencias judiciales. Tampoco son atendibles supuestos motivos de economía procesal en tanto ellos no estuviesen receptados por la Constitución y la Ley; y, por otra parte, en nuestro régimen procesal no media la certeza de que los tribunales mantengan indefinidamente sus doctrinas.[123]

Definido el emplazamiento de los superiores tribunales, es evidente que tampoco pueden quedar sus pronunciamientos sin valor alguno. Él mismo tiene, seguramente, una influencia variada (moral, científica o institucional) lo que hace decir que ellos pueden seguir condicionando las circunstancias del hecho concreto a las que se expusieron en la sentencia que contiene el precedente.

Es entonces cuando las "circunstancias" adquieren una motivación muy singular. No escapa de esta lectura fáctica ciertos "acomodamientos" contextuales provenientes de los tiempos que los tribunales transitan. Son muy diferentes y de variado registro, los fallos que "deben" seguir un proyecto político o económico; o bien, cuando los avatares del mercado influyen en la estimativa social de la que ningún tribunal puede mostrarse indiferente; tampoco pueden compararse los tiempos de normalidad institucional con los de transición; y menos aún, los desafíos de quienes enfrentan situaciones absolutamente impensadas en otras sociedades (v. gr., las emergencias del narcoterrorismo; la crisis económica, etcétera).

Todo tribunal sabe, además, que el desencanto, el escepticismo y una falta de credibilidad de la gente en el sistema de la justicia, de profundizarse (en el sentido de que esa misma gente termina por creer que en la justicia "puede suceder cualquier cosa" resquebraja la confianza en el régimen democrático.[124]

123 Voto del doctor Ghione de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, en causa L. 33.261, recogido en los Acuerdos 38.225, B. 50.638, L. 45.685, L. 43.751, entre otros.

124 Morello, Augusto Mario, "El sistema de la justicia constitucional, la Corte Suprema y el recurso extraordinario (esbozo de una teoría)", *Doctrina Judicial*, Argentina, tomo 1992-1, p. 50.

Conocedores de la "praxis", los fallos motivan sus seguimientos más que su calidad intrínseca del valor institucional que representan.

Lo cierto es que se acepta que las Cortes Superiores pueden sugerir un temperamento, y que esa lectura de los acontecimientos merece continuidad cuando se reitera y constituye lo que denominamos "jurisprudencia constante e inveterada".

El seguimiento puede fundarse en la presunción de verdad y justicia que a sus doctrinas da la sabiduría e integridad que caracteriza a los magistrados que componen el enjuiciamiento; sin perjuicio de otras actitudes menores, como evitar recursos inútiles, acelerar el trámite de la causa, etcétera.

Este tipo de actitudes de sometimiento pueden llamarse "morales", esto es, seguir las directivas jurisprudenciales de la Corte Suprema, por una obligación ética basada en una presunción de verdad (motivación axiológica) y en razones de economía procesal (motivación práctica: impedir trámites recursivos que podrían ahorrarse).[125]

En vez de ser influenciados por valores morales, la incidencia puede manifestarse a través del "deber institucional" de acomodar las reflexiones presentes con las efectuadas por los tribunales superiores en pronunciamientos firmes y reiterados.

En estos casos, no se priva a los magistrados inferiores de pronunciarse conforme a sus convicciones; simplemente se sugiere que existe una superioridad institucional que, a pesar de los inconvenientes de los sistemas de subordinación jerárquica, determinan una suerte de autoridad obligatoria.

En Argentina, por ejemplo, los tribunales inferiores deben aceptar obligatoriamente los temperamentos de sus cámaras de apelaciones cuando se ha fijado "doctrina plenaria", pudiendo ser apercibidos si no receptan el mandato indicado.

La presencia institucional expone otro reflejo cuando se considera que el apartamiento inequívoco de los precedentes no tienen fundamentos suficientes o directamente éstos no existen, en cuyo caso, la desconsideración del inferior "importa perturbar el esquema institucional judiciario".[126]

Cada una de estas ideas tiene ampliaciones y restricciones conforme sea el intérprete que las aplique.

La conciencia general es que los fallos de los órganos judiciales que la Constitución confía como supremos en la defensa de sus derechos, deberes y garantías deben ser aceptados, pero la solvencia del seguimiento debe ampararse en la buena imagen que tenga del tribunal, de cuyo contenido surgirá si el seguimiento es institucional, moral o científico.

125 Sagües, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 121, p. 188.

126 *Cfr.*, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, tomo 212, p. 253, citado por Sagües, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 121, p. 189.

5) El control de oficio de la constitucionalidad de las normas

La necesidad del "caso" y la "petición de parte" han sido condicionantes para el control de constitucionalidad. Quizá, el temor a convertirse en legisladores del oficio judicial, como el posible desborde del poder en cuestiones que, aparentemente, quedarían fuera de su órbita, sirvieron para que numerosas legislaciones apoyaran la exclusión de los jueces de la revisión judicial cuando no existiera el pedido concreto de la parte interesada y fuese ésta propuesta en un "caso" concreto y no basado en la esperanza de obtener respuestas doctrinarias.

El "caso concreto", es decir, la abstención de pronunciarse en cuestiones abstractas, o puramente académicas; tanto como la demanda oportuna y procedente, hieren la formulación del principio de la supremacía constitucional y de la prevalencia, sobre todos ellos, el de los derechos fundamentales del hombre.

Evidentemente, el problema debe afrontarse como una cuestión de sociología judicial,[127] donde cada uno de los poderes jurisdiccionales deben encontrar su cauce en los principios del derecho procesal constitucional.

Si bien es cierto que el argumento nuclear de la posición restrictiva se funda en la inadmisión de la ingerencia de un poder en el territorio de pertenencia ajena, a no ser que exista una impugnación alegada y probada en juicio; también lo es que los jueces deben velar por la supremacía constitucional, de manera que el silencio de las partes no le impide obrar en tal dirección porque preexiste un deber fundamental que razona las causas para las que fue discernido como representante del Estado en los conflictos de los hombres.

Observemos cómo operan cada una de las causas que apoyan una y otra posición.

La unidad de todo ordenamiento jurídico, obliga a determinar la prevalencia de las normas constitucionales por la simple razón de sistematizar un orden lógico de preferencias que hacen a la socialización del hombre viviendo en masa.

Inclusive, el hombre en soledad tiene también sus reglas, y la aparición de otro lo lleva a tener que concertar intereses prevalentes.

Esa dinámica habitual de los comportamientos advierte que no existen normas aisladas; ellas operan en la sistematicidad del derecho, donde las normas fundamentales indican una télesis en la que las inferiores han de armonizar para lograr un esquema apropiado de reglas de conducta.

La mera voluntad del hombre, en este sentido, no puede decidir cuál es la jerarquía de la norma por la que opta. Las voluntades colectivas son las que resuelven y, esencialmente, las hacen prevalecer la Constitución del Estado.

127 Así lo propone Sagües, Néstor Pedro, "La prohibición de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas (un problema de sociología judicial)", *La Ley*, Argentina, tomo 1981-A, p. 843.

Así, si el derecho es un sistema en el que las normas de menor jerarquía se nutren de las superiores, no se advierte cómo podría practicarse un corte horizontal del ordenamiento inmediatamente por debajo de la Constitución, de modo que, ante el silencio de las partes, los jueces resultaren aplicando el derecho de menor nivel, ignorando el de mayor jerarquía. De esta forma, en lugar de formularse la cuestión como referida a si puede declararse la inconstitucionalidad de leyes, decretos, etcétera, sin petición de parte, debería presentársela en términos de si pueden las partes obligar a los jueces a aplicar normas incompatibles con la Constitución.[128]

Siendo el ordenamiento jurídico un todo inescindible, que se visualiza desde la atalaya de la norma fundamental, ningún tema de aplicación de normas puede sujetarse a las argumentaciones de las partes, porque se evade el compromiso con el principio *iura novit curia*, efectuando, al mismo tiempo, una renuncia expresa al deber jurisdiccional de fundar las sentencias en derecho.

Por tanto, así como la regla referida al *iura novit curia* obsta a que en dos casos iguales se apliquen normas distintas, así también impide que en un caso se desplace la norma inconstitucional por así haberlo pedido una parte mientras en otro caso idéntico dicha norma resulta aplicada por el mismo tribunal en función de no haberse argumentado su inconstitucionalidad.

La hipótesis rebasa el protagonismo académico, y obliga a responder otros resabios de oposición.

Se dice que el juez no puede apartar su pronunciamiento del marco propuesto por la demanda y su contestación. Sin embargo, cuando el juez declara inconstitucional una norma sin tener el planteamiento oportuno de las partes, no sentencia *extra petita*, ya que se atiene a las acciones deducidas y a los hechos invocados, condicionando el derecho aplicable a que resulte legitimado por la Constitución, desde que, con la salvedad apuntada cuando referimos a la necesidad de establecer una casación como fórmula para la uniformidad jurisprudencial, el derecho —Constitución, inclusive— no es una cuestión que pueda no ser juzgada sin transgredir el derecho de defensa, pues la constitucionalidad o no de una norma no es imprevisible y no requiere debate previo.

Si las normas supremas de un Estado asientan en los predicados de sus leyes fundamentales, no sería lógico tolerar un desplazamiento de ellas por la ausencia de un requisito absolutamente formal. La Constitución está dentro del sistema, y no fuera del mismo; consecuentemente, toda sentencia debe asegurar el imperio de la supremacía, con independencia de la voluntad de las partes, sin perjuicio de las renuncias y demás comportamientos de los litigantes que, a su vez, tengan suficiente apoyo en la propia ley fundamental.

128 Voto del doctor Ghione, *op. cit.*, nota 123, considerando segundo.

Este argumento lo rebate la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina —que apoya desde antaño la imposibilidad de revisar de oficio— cuando dice:

> Si el litigante ha renunciado o renuncia a cuestionar la constitucionalidad de la norma que se aplicará para resolver su pretensión, no se justifica que el juez prescinda de dicha actitud y de oficio resuelva pronunciarse decretando una inconstitucionalidad que en su opinión afecta aquél precepto.[129]

Así esbozados cada uno de los argumentos, creemos que existe posibilidad para que el juez aborde uno de los deberes de su oficio sin necesidad de contar con la petición expresa de las partes.

Los problemas que pertenecen al proceso refieren al ámbito de la *litis contestatio* y, siendo obligación del magistrado fallar con arreglo a las cuestiones deducidas, podrá o no controlar la constitucionalidad de la norma según se le haya o no acusado en los escritos postulatorios.

Pero como es el caso prever el posible error en el derecho invocado, el tribunal puede por la vía del *iura novit curia* desplazar el planteamiento de partes y sentenciar conforme al derecho que entienda correcto.

Los encuadres de derecho no son necesariamente señalamientos legales; puede ocurrir que un justiciable funde su acción en un título propietario, cuando lo único que tiene es un derecho posesorio: solución que fácilmente resolverá el intérprete del caso. En cambio, si la pretensión se funda sobre los derechos que una ley otorga y la contestación repugna por inconstitucional los alcances del precepto, es obvio que aquí la resolución versará según la mejor o menor calidad de la norma para decidir en el asunto traído. Pero si el demandado silencia el vicio ¿puede el juez consentir la omisión? ¿es ello, propiamente, una renuncia?

Nos parece que lo fundamental radica en el poder interpretativo del juez. Entre sus funciones jurisdiccionales se encuentra la de evitar el abuso del derecho, de tal modo que si considera que la norma de que se trate, sin eficacia vinculante para las partes por estar inficionada de legalidad, bien puede desaplicarla, aunque los propios interesados no lo hayan requerido.

El principio será que cuando los tribunales deban aplicar una ley en sentido material, lo primero que deben establecer es su conformidad con las normas fundamentales (Constitución y Derechos Humanos), de suerte que si hay colisión de conceptos, si repugna la ley los principios cardinales, los magistrados deben declarar inaplicable la ley cuestionada o no cuestionada. En cuanto a la renuncia, habría que identificar la naturaleza del conflicto.

129 Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *La Ley*, Argentina, tomo 147, p. 294.

No debe perderse de vista que el cometido de la función judicial es responder con justicia a las controversias de intereses que los particulares exponen; de modo que si la disputa versa sobre intereses disponibles nadie mejor que las partes para señalar el ambiente en el que quieren ventilar su problema; con lo que queremos decir que, si no hay críticas a la legalidad, la conformación puede ser intelegida como un consentimiento a la ley que rige el tema en particular, muy a pesar de la tacha de inconstitucionalidad que pueda el juez encontrar.

En cambio, si la controversia resuelve cuestiones de interés público, sería razonable afirmar que no es admisible la renuncia del titular al derecho consagrado por esa norma y, en consecuencia, el juez puede declarar de oficio la inconstitucionalidad del precepto que se le opone.

El matiz político que ilumina todo en este polémico tema tiene en los ordenamientos una concreción más restringida, desde que sólo atiende a la tutela jurisdiccional.

Por eso, cualquier atisbo de redimensión se acusa como "gobierno de los jueces", precisamente por temor a que en el ejercicio de la anulación se introduzcan valoraciones de naturaleza política, o de análisis al poder discrecional del Parlamento.

De todas formas, la preocupación por evitar una interferencia del Poder Judicial en el territorio de los demás poderes o el desequilibrio que consecuentemente provocaría se diluye rápidamente al comprender que el pronunciamiento que tildó de inconstitucional una disposición, sólo ha efectuado un proceso de adaptación de la norma inferior a la superior, satisfaciendo un sentido político objetivo contenido por la ley fundamental.

Por eso, cuando el juez interpreta la norma, o más bien el ordenamiento constitucional en su conjunto debe equilibrar la vida interna de los preceptos (esto es, la voluntad y espíritu de las leyes) con la sociedad donde deban actuarse, teniendo en cuenta que la penetración de las ideas no tienen un patrón determinado y que los valores que reposan en las constituciones, lejos de ordenar un sistema de derechos esenciales, en realidad son el equilibrio actuante de una sociedad que necesita de sus jerarquías para convivir con orden y respeto.

6) Alcance y efectos de la norma declarada inconstitucional

El alcance y efecto de la sentencia de inconstitucionalidad tiene significativa importancia cuando se trata de una ley cuestionada.

Hemos observado que, en la sistemática prevista para la justicia constitucional, las actuaciones pueden ser específicas (tribunales constitucionales) o derivadas (jueces del sistema difuso), calidades que inciden para las posteriores consecuencias.

El "sistema americano" para el control difuso de la constitucionalidad de las leyes permite deducir la cuestión en forma incidental o prejudicial, y todo el ámbito controvertido encontrará sustanciación y sentencia en el caso concreto. De suyo, la resolución será útil para ese proceso y no extenderá sus efectos por la naturaleza procesal de la cosa juzgada.

Es verdad que la modalidad del *stare decisis* juega una realidad distorsionante, al provocar un "precedente" generalmente aceptado por los tribunales inferiores e inclusive por demás autoridades políticas y legislativas.[130]

De todas formas, los ordenamientos circunscriben los efectos particulares del fallo con matices que perfilan adaptaciones reglamentarias a los modismos jurisdiccionales donde actúan.

Un primer sector, tutelado por Estados Unidos y su jurisprudencia, restringen el alcance de la sentencia al caso concreto, sin dar extensión ni proyecciones (a excepción de las que provoca el precedente) más allá de la controversia formal donde la cuestión fue planteada.

Adscriben, con recursos y vías específicas de acción, Argentina (recurso extraordinario de inconstitucionalidad), Brasil (recurso de inconstitucionalidad), y Chile (recurso de inaplicabilidad), entre otros.

Otra vertiente consagra la declaración genérica de inconstitucionalidad, aun cuando se manifiesta en posiciones diversas.

Una de estas facetas se encausa por la "acción popular de inconstitucionalidad", cuyo origen corresponde a los ordenamientos de Colombia y Venezuela. En el primero, la Constitución de 1886 reformada en 1960 le confiaba a la Corte Suprema de Justicia la "guarda" de la integridad de la Constitución, a cuyo fin, entre otros cometidos, podía decidir definitivamente sobre la "exequibilidad" de los proyectos de ley que hubieran sido objeto de denuncia inconstitucional por el gobierno, o de toda otra ley o decreto dictado cuando fuese acusada su inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

Sabemos ya que Colombia ha tornado al sistema concentrado, estableciendo en sus artículos 234 a 245 fundamentales, una verdadera jurisdicción constitucional.

Estas acciones populares, también se regulan en Panamá, El Salvador, Costa Rica, y Cuba.[131]

Sin reconocer el carácter de "acción popular", varias provincias de la República Argentina, de estructura federativa, admiten la declaración general de inconstitucionalidad, promovida por quienes ostenten legitimación suficientemente hábil.

130 *Cfr.*, Vescovi, Enrique, *El proceso de inconstitucionalidad de la ley*, Montevideo, Uruguay, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1967, p. 63.

131 *Cfr.*, Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 87, p. 354.

Ahora bien, la dispersión de sistemas jurisdiccionales en los continentes, con sus particularidades prácticas corrientes, han originado serias resistencias en los organismos políticos, sobre todo, cuando aparecen los tribunales de garantías que tenían como modelo a la Corte Constitucional de Austria.

Dos corrientes abrieron la polémica sobre la naturaleza de estos cuerpos colegiados y, en particular, con relación a los efectos extensivos de sus resoluciones declarativas de inconstitucionalidad.

Carl Schmitt expresó el temor al gobierno de los jueces, obteniendo la réplica de procesalistas italianos quienes mantuvieron la naturaleza jurisdiccional del fallo en cuestión.

De todos modos el debate no fue suficiente, ni tuvo lucimientos particulares. Es más, autores de la talla de Kelsen insinuaron que la sentencia era, en los hechos, un acto legislativo de carácter negativo,[132] o Calamadrei, manifestando la función "paralegislativa" de los Tribunales Constitucionales, como de algunos más que entendieron que actuaba una función constitucional autónoma.[133]

Más allá de esta importante cuestión, conviene detener la atención en un fenómeno distinto: ¿es conveniente declarar con efectos generales la inconstitucionalidad de una norma?

Las críticas que se hacen a la respuesta afirmativa se defienden en circunstancias tales como: a) el juez que declara inaplicable una norma, de hecho, la deroga como si fuese un legislador; b) al asumir la función judicial un rol inoperante por su condición nata (imparcial e independiente) ingresa en el mundo político y en sus complicados intersticios;[134] c) la tarea legislativa pierde consistencia y la sociedad desconfiaría de la utilidad parlamentaria; d) la jurisdicción, encontraría permanentemente en crisis el habitual estudio de los hechos para dedicarse al análisis normativo.

Estas oposiciones no tienen actualidad, sobre todo a fines del siglo que transcurrimos, cuando la teoría de Montesquieu se ha desarrollado plenamente, y nadie discute hoy, con argumentación fundamentada y razonable, que la función jurisdiccional es de equilibrio y contrapeso, a cuyo fin, no sólo controla la constitucionalidad de las leyes, sino también fiscaliza la legalidad de los actos de gobierno y demás dependencias administrativas.

Pero la política de legislar por los jueces no es cierta, y se confunde en gran medida con el "activismo judicial", que parte del gran poder institucional de la magistratura que se traduce en una gran libertad para seleccionar las

132 *Cfr.*, Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Imprenta Universitaria, p. 282.

133 *Cfr.*, por todos, Fix- Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 87, p. 361.

134 *Cfr.*, Sagües, Néstor Pedro, *Mundo jurídico y mundo político*, Buenos Aires, Depalma, 1978, pp. 156 y ss.

disposiciones constitucionales aplicables que, mediante conformación y adecuación, dan legitimidad a las normas que se interpretan.

Tampoco se legisla cuando el orden jurídico se integra con los principios axiológicos superiores establecidos en las cartas fundamentales.[135]

En síntesis, la declaración genérica (efectos *erga omnes*) simplifica una problemática procesal, resuelve definitivamente la crisis constitucional y reviste armónicamente la plenitud del orden jurídico nacional y transnacional.

Los aspectos procesales son bien claros. Una sentencia para el caso concreto no reviste utilidad para quien afronta idéntica circunstancia, obligando a prestar atención a mecanismos adjetivos, solemnes y rituales (deducción en el expediente, en tiempo y forma, con presencia de agravio constitucional, legitimación suficiente y actualidad del perjuicio, entre otros recaudos de admisibilidad), con el consiguiente fracaso de la supremacía que debe priorizar la función del juez.

Qué agregar respecto a quienes no tienen "acceso a la justicia", por cuestiones puramente culturales o de pobreza; para ellos la norma estaría vigente, e inaplicable para quienes pueden "pagar" los beneficios del apartamiento.

Si el ideal pretende igualar hacia arriba, como un principio ético para una justicia digna; resolver sobre bases procesales no es respuesta adecuada, porque se despoja el criterio máximo de la superlegalidad fundamental para hacerla reposar en un sofisma inútil como es el efecto singular de la cosa juzgada.

Agrega Fix-Zamudio

> Como si lo anterior no fuese bastante, además existen razones de carácter operativo que nos llevan a la conveniencia e inclusive a la necesidad de la declaración general de inconstitucionalidad, si tomamos en cuenta que el proceso moderno se caracteriza como un fenómeno social de masas lo que significa que los tribunales se encuentran sumamente recargados de asuntos judiciales, debido a la creciente complejidad de las relaciones jurídicas en el mundo contemporáneo, de manera que si utilizamos el sistema de impugnación de las leyes inconstitucionales por vía incidental y prejudicial, en juicios concretos, con mayor razón en los países iberoamericanos, en los cuales no existe la fuerza del precedente, o stare decisis, de los ordenamientos angloamericanos; el enorme retraso en resolver una por una las cuestiones de inconstitucionalidad produce la inoperancia del sistema, ya que los tribunales o las Cortes Supremas, éstas últimas abrumadas por sus labores casacionistas, tienen que postergar su función de control de la constitucionalidad.[136]

135 Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 87, p. 365.

136 *Ibidem*, p. 370.

CAPÍTULO III

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

29. Métodos de interpretación 119
30. Las dificultades de la interpretación 135

CAPÍTULO III

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

29. *Métodos de interpretación*

La interpretación es una tarea destinada a poner en claro los dichos de una norma que va a insertarse en la realidad. Significa desentrañar el contenido que el texto tiene en relación a esa realidad.[137]

En la búsqueda de una comprensión correcta pueden seguirse caminos diversos. Uno de ellos es la denominada "interpretación auténtica", que responde al verdadero concepto de la interpretación, porque proviene del mismo sujeto que emite el precepto; en otro, puede derivarse de la lectura de terceros que prestarán su opinión particular sobre el alcance que puede asignarse. De este tipo son las interpretaciones de la jurisprudencia y la doctrina.

A su vez, cada una de estas posibilidades contrae un método de investigación, deduciendo el espíritu de las normas de su sentido "gramatical"; o derivando sus conceptos de la "lógica" aplicada en cada uno de los elementos, pudiendo entonces corresponder a los antecedentes que le dieron origen ("interpretación histórica") o a la comparación con otras similares para deducir consecuencias semejantes ("interpretación sistemática") que correspondan a la unidad del orden jurídico.

Esta enumeración, simple y concisa, permite observar cómo desde estos métodos se puede interpretar cualquier tipo de norma. Por ello, el estudio sistemático radica en la teoría general del derecho.

Sin embargo, al mencionar la generalidad se dificulta captar en ese marco las leyes fundamentales. Pareciera que la "interpretación constitucional" tuviera propiedades que merecen distinguirse, sobre todo cuando se advierte que "la Constitución está formada por las normas que regulan el procedimiento de creación de otras normas jurídicas, establecen los órganos competentes para crearlas y eventualmente determinan su contenido".[138]

137 Couture, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1979, p. 15. *Cfr.*, Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 33, pp. 33-38.

138 López Valadez, Francisco, "La interpretación judicial de la Constitución", *Los cambios Constitucionales*, México, UNAM, 1977, p. 44.

Además, no podemos olvidar que la transformación interna de las leyes fundamentales inscribe una modalidad adicional, de suerte que la lectura practicada tendrá variables importantes. De suyo, entonces, la interpretación constitucional muestra tres órdenes de atención, según se refiera a la modificación formal, a la interpretación judicial o a la aplicación del llamado derecho constitucional consuetudinario.[139]

La reforma insistente de las leyes supremas no es conveniente porque altera la estabilidad necesaria de todo cuerpo normativo, con el riesgo, además, de desdeñar los fundamentos del constituyente originario.

En tal sentido, autorizadas opiniones sostienen que

> La forma de evitar esta inseguridad jurídica, que resulta tanto más grave en cuanto afecta a las normas supremas, fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico, consiste en el examen más a fondo de dos aspectos esenciales... el examen de las llamadas costumbres y convenciones constitucionales, que modifican o al menos matizan las mismas disposiciones constitucionales, sin afectar su vigencia formal; y... los aspectos esenciales de la interpretación de las mismas normas constitucionales, que como lo ha demostrado en forma evidente la Constitución de los Estados Unidos de 1787, ha permitido una evolución armónica y progresiva sin recurrir a constantes y perturbadoras modificaciones del mismo texto de la Ley Suprema.[140]

La costumbre constitucional tiene recepción doctrinaria, aceptándola para completar los textos legislativos fundamentales o bien para interpretar sus fórmulas. Mayor resistencia tiene, en cambio, la aplicación de una costumbre que vaya contra los preceptos supremos, procurando por esta senda la validez de la *desuetudo*.

Se advierte en esta tendencia cierta influencia de la doctrina de Scialoja, para quien toda cuestión de lectura interpretativa constituía un problema esencialmente relativo. Relativo en dependencia de tiempo y de lugar, porque si la existencia de una ley depende del reconocimiento *mutatis mutandi*, también han de guiar los principios que sirvieron de base a la formación, y como éstas provienen en gran medida de la costumbre (el derecho que rige a las leyes sólo puede ser esencialmente consuetudinario), en definitiva cualquier norma dependerá de la estructura del ente político al que la ley corresponde y, por consiguiente, será variable según los tiempos y lugares, de acuerdo con la modificación en la organización del Estado.

139 *Cfr.*, Wheare, K. C., *Las Constituciones Modernas*, Barcelona, 1971, pp. 73 y ss. Orozco Henríquez, José de Jesús, *El derecho constitucional consuetudinario*, México, UNAM, 1983.

140 Carpizo, Jorge y Fix-Zamudio, Héctor, "Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", *La Interpretación constitucional*, México, UNAM, 1975, p. 14.

Pero el compromiso mayor radica en la interpretación judicial, y en esto se fundamenta la importancia de la autonomía para la interpretación constitucional. Obsérvese que, aun reconocida la influencia de la costumbre, también el derecho consuetudinario es objeto de interpretación, de manera que perdería consistencia la ejemplificación de Scialoja.

También el derecho se encontraría frente a un nuevo emplazamiento, porque, precisamente, los principios aplicables a la interpretación del derecho procesal difieren de los hasta aquí reseñados.

Esto es justamente lo que debe distinguirse: de un lado, "la interpretación de la norma procesal" que si bien asienta en los principios generales que desmenuzan la télesis de toda normativa, cuenta con particularidades que diseñan una metodología propia; por otro, "la interpretación judicial de las leyes", vale decir, la interpretación en el sentido más puro de adecuar la sensibilidad de las normas en el medio donde va a insertarse y en el cuadro coordinado de todo el ordenamiento jurídico.

En suma, el derecho procesal constitucional cuenta en esta parcela de su disciplina con una de las cuestiones de mayor complejidad, porque se emplazan cuestiones que fluctúan entre el dogma de la autoridad de la ley y el de la voluntad de los jueces; o sea entre la escuela del derecho como exigencia impuesta por el legislador en nombre del Estado y la escuela de derecho libre.[141]

La interpretación judicial debe resolver previamente la metodología que empleará en la orientación de las normas que ha de esclarecer. Ello es de suma importancia por tratarse de intelegir la Constitución, por su clara incidencia en el derecho positivo que está bajo su dogma. Es obvio también que aspectos como la realidad política e institucional participarán en la tarea de esclarecimiento y, en definitiva, como son numerosas las formas como se puede abordar esta difícil labor de política jurisdiccional, será conveniente ir mostrando las variables que presentan los métodos de interpretación.

1) La Constitución como norma

La diferencia establecida por Kelsen para distinguir entre normas fundamentales y normas secundarias ha servido para imponer un criterio jerárquico en la selección de prioridades y dicciones que deben emitir cada una de las disposiciones de un orden jurídico determinado.

Así como las normas individuales están en la plataforma de aquella pirámide imaginaria, la norma constitucional se encontraba en el vértice superior coronando el sistema.

141 *Cfr.*, Mercader, Amilcar, "La función interpretadora del juez en la sentencia", *Jurisprudencia Argentina*, tomo 1947-II, p. 498.

La norma fundamental, bajo esta "lógica jurídica", regla y legitima los poderes normativos que fuesen realizados sometidos a la guía de aquélla. Es la influencia bilateral de la que hablaba Ihering y que García de Enterría resume como la transformación del poder desnudo en poder jurídico cuando se respetan las guías de la Constitución jurídica.[142]

La superioridad de la norma básica es tal por varias razones: la primera y más trascendente, porque define el modo y la forma de la Constitución política de un Estado; la segunda, porque define el sistema de fuentes formales del derecho, "de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (órgano legislativo por ella diseñado, su composición, competencia y procedimiento) una ley será válida o un Reglamento vinculante";[143] inmediatamente, porque consagra los valores determinantes para la comunidad social donde va a insertarse (con el resultado consecuente de la división entre normas operativas y programáticas).

En pocas palabras, estos tres aspectos (estructura jerárquica, origen y determinación socio-política y contenido) determinan conjuntamente la supremacía de la norma fundamental, de modo que todas las disposiciones que pretenden integrarse al ordenamiento jurídico deben adecuar sus preceptos al molde preasignado.

En tal sentido —agrega Fix-Zamudio— "podemos concebir a las normas constitucionales como aquellas que sirven de fundamento y apoyo a todo el ordenamiento jurídico del Estado, al cual otorgan unidad armónica a través de sus principios orientadores".[144]

Adoptar la Constitución como norma supone adherir con la permanencia de sus conceptos. Precisamente en *El Federalista*, aparecen algunas notas en las que Hamilton propone que sea considerada esa perennidad como el auténtico valor fundamental, por contener una "vinculación más fuerte" que la debida a las leyes.[145]

Por supuesto, la Constitución de Estados Unidos de 1787 incluyó la cláusula *the supreme law of the land*, circunstancia que elevó la norma fundamental por encima de las disposiciones legislativas.

Ahora bien, aceptada la tesis de la supremacía, queda por resolver el problema interpretativo. Nadie puede negar que las constituciones son también cartabones ideológicos, dispuestas en un tiempo histórico que las define, con proyecciones hacia una sociedad pensada, y aun cuando pueda comprendérsela

142 García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 116, p. 49.

143 *Ibidem*, p. 49.

144 Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.* nota 87, p. 380.

145 *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 156.

en un todo armónico y uniforme, es probable que tengan diferencias semánticas que interroguen el sentido de una disposición, etcétera.

Todo ello ha causado cierto revuelo en el mecanismo de interpretar la ley superior de un Estado, porque si bien es cierto que participa de las ideas conductivas de todo sistema de inteligencia sobre cláusulas, también lo es que la técnica, la práctica y el mismo método difiere y exige una prudencia mayor. La romántica esperanza de Loewenstein de que los textos constitucionales fuesen legibles y comprensibles para todos[146] quedó justamente como tal, sólo una esperanza. Los métodos de interpretación que inmediatamente abordamos demostrarán la complejidad que se ha dispuesto al sistema.

2) Clasificación de las normas constitucionales

Consentido el criterio sobre la especificidad de la lectura constitucional, surgen otros inconvenientes de las múltiples expresiones que apareja interpretar una cláusula o toda la norma fundamental.

En efecto, fue ya destacado el origen de la noción que asignó a las cartas magnas el valor de supremos ordenadores de un Estado. Restaría aclarar que el concepto no fue plenamente compartido, sea porque las repúblicas monárquicas no aceptaron esa idea de superioridad, dado que el rey quedaba en clara situación de inferioridad; o bien, por el ataque de la doctrina hegeliana por la cual se intenta reducir la idea de la norma constitucional formal a la estructura de poder real que la soporta y permite darle plena captación.[147]

Nace así la distinción entre "constituciones formales" y "constituciones materiales", de las cuales la primera representaría la expresión de voluntad del constituyente, en una clara elucubración del concepto racional del derecho; y la segunda, la estructura sociopolítica que respalda la funcionalidad de la norma básica, aportándole, inclusive, disposiciones complementarias que la integran. En consecuencia, así como las normas constitucionales formales son pensamientos basados en juicios de lógica jurídica; las normas constitucionales materiales son objeto de la realidad, captadas empíricamente, y conocidas como "usos constitucionales".[148]

Esta distancia que se crea entre ambas constituciones, constatado en la dinámica que presenta la realidad, permite clasificar las normas de acuerdo al encuadre signado hipotéticamente en la división.

a) La Constitución formal contiene disposiciones que son invulnerables a la agresión intelectiva, a los intentos de reforma, o directamente al no uso. Son

146 Loewenstein, Karl, *op. cit.*, nota 17; *cfr.*, Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 87, p. 381.

147 *Cfr.*, García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 116, p. 42.

148 Quiroga Lavie, Humberto, *op. cit.*, nota 140, p. 105.

normas que preexisten a la consagración de la carta por estar en la voluntad del constituyente. Por ejemplo, la supremacía fundamental.

De algún modo subyace en la expresión la idea de "superlegalidad constitucional" dicha por Hauriou,[149] estableciendo normas capitales insustituibles.

b) También en la órbita de las constituciones formales suele dividirse entre "normas programáticas" y "normas operativas", según requieran o no de reglamentaciones para que adquieran fuerza práctica.

Por lo general, todas las normas son operativas, es decir, se aplican inmediatamente por bastarse a sí mismas. Sin embargo, reconocen limitaciones en cuanto a lo "absoluto" de sus preceptos, y en la posibilidad de "suspenderse" su ejercicio cuando existan razones superiores que lo aconsejen.

Las programáticas establecen principios fundamentales que ofrecen una especie de planificación o proyecto relativo a conductas pensadas en ciertos destinatarios. Lo cual no indica que si dicha planificación queda sin reglamento, la norma pierda efectividad porque, en definitiva, es una norma y como tal representa un valor constitucional.[150]

Las normas constitucionales operativas o preceptivas (*self executing*) adquieren inmediata utilidad. Son incondicionables y producen efectos jurídicos que ningún intérprete puede desconocer.

c) Las normas de organización y derechos individuales están en el plexo de una constitución formal. Es común encontrar en las leyes fundamentales una parte orgánica y otra que, por ejemplo en las constituciones americanas, suele llamarse de "derechos, deberes y garantías". Este fraccionamiento también se utiliza en la clasificación, al advertir que los derechos consagrados en las partes dogmáticas son enunciativos y no reconocen límites ante la cláusula de los "derechos implícitos" que son representaciones teleológicas de lo que la Constitución no dice específicamente, pero que puede surgir del contexto.

Las otras, en cambio, son taxativas, lo que significa que las competencias dispuestas no pueden ampliarse ni limitarse, sin que el desconocimiento preceptivo admita convalidación.

"Esto permite inferir que los preceptos de organización no admiten la existencia de normas implícitas mientras que ello ocurre con los derechos y garantías".[151]

d) Respecto a las llamadas "constituciones materiales", el problema surge, principalmente, de la interpretación, lo cual supone considerar la clásica cuestión

149 Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional,* trad. de Carlos Ruiz del Castillo, 2da. ed., Madrid, s.f., pp. 330 y ss.

150 La polémica establecida al respecto es muy amplia, y no corresponde desarrollarla en este espacio. Remitimos a los fundados trabajos de Bidart Campos, Germán J., *op. cit.*, nota 19, pp. 124 y ss. Quiroga Lavié, Humberto, *op. cit.*, nota 148, pp. 111 y ss.

151 *Ibidem,* p. 119.

de "constituciones rígidas" y "constituciones flexibles", aspectos que en cuanto aquí interesa puede soslayarse. En cambio, es importante ver la tarea de intelección que sobre ellas realizan los jueces porque a través de sus desempeños se orientan cambios o sutilezas que adaptan las realidades de por sí cambiantes de toda sociedad.

Confrontan en esta dirección dos posiciones jurisprudenciales. La que expresa la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, que echando mano a la "interpretación dinámica" de la Constitución, pauta, esquemas preceptivos que van resolviendo las mutaciones, preocupaciones y necesidades de la sociedad sin alterar la aparente "rigidez" de su Constitución.

Por otro, los tribunales latinoamericanos se muestran temerosos de esta interpretación progresiva, optando las instituciones políticas de cada uno por las reformas de sus cartas fundamentales, hecho que se demuestra sin esfuerzos con la aparición de numerosas constituciones iberoamericanas en los últimos años.

Sólo las constituciones de Argentina de 1853, y la de México de 1917 (después de numerosas reformas), muestran cierta continuidad.

3) Interpretación judicial. Reglas de hermenéutica

Habíamos señalado que en el terreno de interpretar las normas fundamentales, como cuando se trata de disposiciones procesales, es evidente la distancia metodológica, aun conociendo la mutua interacción y el carácter genérico (de aplicación indiscriminada) de ambos.

En las dos situaciones el intérprete realiza una función eventualmente técnica, pero ha de establecer principios de abordaje y utilidad. Precisamente en el área de la interpretación es donde se debe insistir acerca de la postura funcionalista y rendidora de los actos y actitudes procesales —al acordarles eficacia y no desmerecerlos—, pero no es idéntico el caso respecto de las normas constitucionales, porque respecto a ellas no pueden alertarse insuficiencias —por vía de principio—, y si existen, deben completarse conforme a las reglas hermenéuticas que a continuación veremos.

a) Interpretación orgánica

Las normas fundamentales constituyen una "unidad orgánica", de tal modo que sus disposiciones deben aplicarse al concierto de esa inteligencia común.

En términos aproximados se pronuncian distintos fallos jurisprudenciales de los tribunales supremos de cada país, estableciendo con ellos la promoción de un mecanismo de lectura que evite caer en parcelamientos. Se conjetura que la voluntad del constituyente no ha sido autocontradictoria, y por eso cada disposición encuentra su correlato en otra, con lo que presenta coherencia sistemática.

Existen algunas reglas que particularizan esta forma de interpretar. Una de ellas establece el principio de la limitación prohibida, por la cual ninguna norma

constitucional puede aislarse del contexto donde se emite, so riesgo de alterar el equilibrio del conjunto. No interesa que la prescripción fuese particularizada a un artículo solamente, pues aun así, es obligación del intérprete no ignorar la totalidad del documento.

Esta regla supone confrontar todas y cada una de las disposiciones constitucionales, tal como lo indica un precedente de la Corte Suprema de Justicia argentina, cuando dice que "la Constitución, en su condición de instrumento de gobierno, debe analizarse como un conjunto armónico dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de las disposiciones de todas las demás".[152]

Para llevar a cabo esta forma de leer la Constitución se prioriza la unidad del sistema, sin que puedan imponerse limitaciones que lleguen a obstruir el curso de algún derecho o garantía establecido. Claro está que en función de esa armonía es posible restringir el alcance de ciertos derechos cuando intereses generales que estén presentes en la norma básica autoricen la excepción.

Agrega Sagües que

> La interpretación orgánica intenta también lograr un amoldamiento entre las diversas prescripciones de la Constitución. Se trata de obtener, pues, la coherencia y mutua compatibilidad de sus normas, de modo tal que se las armonice y no que se las oponga; que sean aplicadas concertadamente, procurando que cada derecho sea aplicado en consonancia con los otros derechos que la misma Constitución reconoce y no en su detrimento.[153]

Al recaudo de armonía y plenitud debe agregarse la eficacia de la tarea intelectiva, de tal modo que la solución lograda a partir de las respuestas conseguidas no afecten el equilibrio constitucional, ni provoque un conflicto de naturaleza interna, sea institucional o entre cláusulas de la ley suprema.

Este sentido de utilidad se pregona como manifestación necesaria en la interpretación de las normas, basándose en que la hermenéutica orgánica o sistemática de la Constitución debe propender a soluciones constructivas, a dar mayor eficacia a las acciones de gobierno, y no, finalmente, a que los valores obtenidos bloqueen las tutelas diferenciales que la carta magna desprende.

b) Interpretación gramatical

El llamado método gramatical o exegético no hace sino rendir testimonio de lo que cada palabra expresa y transmite. A su vez, el tiempo histórico de su dictado muestra una circunstancia particular que reconoce la oportunidad y ne-

152 *Cfr.*, Fallos, tomo 240, p. 319; 167, p. 221; 190, p. 571; p. 194, p. 371; 304, p. 1186, entre otros. Citados por Sagües, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 121, p. 91.

153 *Ibidem*, p. 92.

cesidad de su época. Esta interpretación progresiva transporta la realidad histórica del tiempo de la sanción al futuro proyectado para la generalidad.[154]

La opción entre darle a las palabras un significado, o buscar en la voluntad del legislador o constituyente el contenido de las disposiciones representan alternativas que puede seguir el juez ante la tarea que debe afrontar.

Cuando los artículos constitucionales son claros, el mecanismo exegético literal no ocasiona problemas. Todo está bien perfilado y lo único que hace el emisor es transportar a la sentencia tanto el término como la voluntad del creador.

Pero si la ambigüedad aprisiona los conceptos, ¿qué opción escoger?

Jurisprudencialmente se considera como primera fuente de interpretación la letra de la ley y las palabras que se emplean, dándoles un sentido corriente. No obstante, se debe prestar atención al supuesto de tener que deducir conceptos técnicos, porque en estos casos la norma debe ser interpretada en el contexto del plexo constitucional.

Cuando de las conclusiones surge declarar inconstitucional una norma por razonarse conforme la voluntad histórica, pero no alcanza la letra de la ley para definir tal extrema situación de incompatibilidad, la primacía corresponde al método gramatical porque está asegurando la continuidad de un sistema armónico.

En este sentido se explica que, cuando las palabras carecen de precisión y se conocen las dificultades para aplicar el alcance del precepto, no debe descartarse sin más su utilidad, sin cotejarla con las exposiciones de motivos de la ley en conflicto (o de la norma), aun cuando se pueden descartar las discusiones parlamentarias que no fueron receptadas en el texto legal.[155]

Da cuenta el concepto de la preferencia por el método gramatical, pero ello no significa reconocer que no siempre es útil, mucho más cuando advertimos la incidencia manifiesta de otros factores condicionantes.

Justamente, el sistema de exégesis literal define en síntesis una opción entre versiones, por tanto, al interpretar no va ni a favor ni en contra de la norma, simplemente, escoge y aplica en consecuencia.

c) Interpretación histórica

Argumentar históricamente supone analizar, entre otros elementos, las circunstancias sociopolíticas del tiempo en que la ley fue emitida, los fines perseguidos con la sanción normativa, descubrir la intención del legislador o la voluntad constituyente, y en definitiva, dar preeminencia a los acontecimientos históricos desplazando los textos literales.

La deducción a partir de hechos tan peculiares tiene respaldo en la soledad argumental que representan, a veces, los textos, debiendo integrarse con los despachos de las comisiones parlamentarias, o con las aclaraciones hechas en la

154 *Cfr.*, Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 33, p. 37.

155 Sagües, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 121, p. 104.

sesión respectiva del cuerpo legiferante, o mediante el informe del diputado o senador que fundamentó el proyecto hecho ley.

El espíritu de la ley, como ha dado en llamarse esta averiguación sobre la voluntad legal, trasunta ciertas inseguridades.

El descrédito del Poder Legislativo, logrado a partir de sus lamentables descuidos por el derecho parlamentario (que les impone una técnica y un sistema para discutir la conveniencia de las leyes), provoca ese riesgo que mencionamos. En verdad, es bastante difícil deducir la intención del legislador hurgando en sus antecedentes. Las dificultades aumentan cuando la misma letra de la ley es poco clara, en cuyo caso, deducir el sentido de una norma por la exégesis literal como por la voluntad dispuesta se convierte en un absurdo, un notable despropósito.

Recordemos que un sector importante de la doctrina estima que el sentido de la norma no es la voluntad del legislador, sino un "sentido objetivo" independiente de tal propósito anímico. Larenz, por ejemplo, sugiere que la meta del conocimiento del intérprete debe ser una síntesis entre la "voluntad del legislador" y el "sentido normativo de la ley", que entiende que es el que debe predominar.[156]

4) Variables en la interpretación

Los métodos desgranados evitan la desilusión del intérprete. Sabe que puede recurrir a cualquiera de ellos para adoptar temperamento, o reunirlos armónicamente y producir una exégesis determinada.

Pero también sabe que esas manifestaciones no siempre le indican las finalidades que él persigue. A veces lo conducen a soluciones injustas, o insuficientes, o directamente incompatibles. ¿Qué hacer?

Cuando las opciones no representan otra cosa que alternativas sin destino, la interpretación torna a estancarse, dando preeminencia a lo que está vigente aunque discutido, sin importar la evolución o el cambio de las circunstancias.

Se habla así de "interpretaciones estáticas" o conservadoras, que practica quien prefiere exagerar la hermenéutica histórica dando por resuelta la dicción constitucional conforme fue dicho en tiempos de origen.

También es posible hallar una actitud diferente, aventurada a recibir la complacencia general, asignando a las cláusulas constitucionales una dinámica consustanciada con los problemas de su época. Las fórmulas cambiantes de la realidad se receptan y cubren con los medios de asistencia que ofrecen las "lagunas de la ley".

A esta modalidad se la denomina "interpretación evolutiva" o progresista, la cual si bien puede aceptarse en virtud del ordenamiento positivo de un lugar, resulta intolerable cuando se trata de la misma Constitución, haciéndole decir lo

156 Cita de Sagües, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 121, p. 109.

que no dice. Para cambios de este tipo son las reformas y no las actitudes de los jueces legisladores.

Pero donde mayor cuidado ha de tenerse es en la llamada "interpretación mutativa", por la cual se propicia el uso indirecto de la norma, esto es, emplearla con objetivos políticos, darle una actualidad acomodada a intereses particulares, pero diametralmente opuestos a los concebidos por su autor.[157]

Para esta concepción toda norma cumple un rol político y la interpretación de ella también. El uso alternativo facilita superar posibles ambigüedades, incoherencias, desajustes, y demás impropiedades de la norma (inclusive las constitucionales), ofreciéndoles una lectura ideológica adecuada a los fines que se persiguen, generalmente políticos.

Claro está que no se trata de interpretar evolutivamente, ni de crear a través de la exégesis. La problemática es muy sencilla; se reduce a extraer de una voluntad imaginaria la intención del legislador real, tomando las vivencias prácticas de entonces.

Pérez Luño ha señalado que

> El problema planteado no es nuevo, ya que la función ideológica de la interpretación no dejó de hallarse presente en la polémica decimonónica sobre los métodos interpretativos. A los efectos que aquí interesan, la tesis básica del debate de Catania residía en la denuncia de la politización de la interpretación y aplicación del derecho burgués en favor de los intereses de la clase dominante. Frente a tal situación, un grupo de juristas consideraban las posibilidades de una politización del intérprete (en especial del juez) en sentido contrario, es decir, dirigida a la tutela de los intereses de las clases populares.[158]

El Congreso de Catania (1972) dejó en claro que a través de este sistema se podía conseguir, desde la interpretación jurídica, la consecución de metas u objetivos plenamente comprometida con una situación ideológica.

En efecto, en esta perspectiva es posible encontrar: 1. Un modelo de lectura constitucional que otorgue progreso y evolución transformadora a cada una de las cláusulas de la ley fundamental; 2. En segundo lugar, la de quienes propugnaron un marco jurídico político distinto, pero consideraban útil para ese logro el ejercicio alternativo de la función interpretativa de aquellos aspectos del sistema constitucional vigente que pueden ser instrumentalizados para su propia erosión posibilitando, de ese modo, su futura sustitución por otro[159]; 3. La de quienes ponen un signo de duda y prevención a la actividad judicial transformadora, porque,

157 *Cfr.*, Barcellona, Pietro ed alter, *L'uso alternativo del diritto*, tomo I, Bari (Italia), Laterza, 1973, p. 173.

158 Pérez Luño, Antonio, *op. cit.*, nota 9, p. 266; ver también, López Calera, Saavedra López y Andrés Ibáñez, *Sobre el uso alternativo del derecho*, Valencia, Fernando de Torres, 1978.

159 Pérez Luño, Antonio, *op. cit.*, nota 9, p. 267.

porque, al ser su actividad generada por hechos individuales, puede sucumbir en la necesidad de provocar ventajas propias y no al servicio de intereses sociales.

Se cuenta como precedente de esta teoría a Carl Schmitt quien opuso a la interpretación jurídica dominante del artículo 48.2 de la Constitución de Weimar que concedía al presidente de la República la facultad de tomar medidas oportunas en caso de estado de excepción y entre ellas de suspender determinados derechos fundamentales, la de proponer una interpretación decisionista que, al interpretar la relación de derechos en sentido puramente indicativo y no restrictivo, vaciaba de contenido una de las más importantes garantías constitucionales de la libertad.

En fin, si alguna importancia tiene la teoría del uso alternativo del derecho consiste en la dimensión pragmática que obtiene, lo cual es al mismo tiempo un grave peligro, sobre todo en sociedades políticas que varían continuamente su signo definidor.

5) La política en la interpretación judicial

Cuando a la Constitución se la toma como un "medio" y no como un "fin" en sí mismo, la interpretación se torna ilusoria porque ni el mismo intérprete cree en la posibilidad operante de la norma básica para que por ella se provoquen reformas.

No se trata ya de un problema jurídico, sino de la inmiscución de la política en lo puramente jurídico.

Muchos recordarán que, después de la derrota electoral sufrida por el presidente Adams, postergado por Tomas Jefferson, aquél designó en la Corte Suprema de su país a quien fuera su secretario de Estado, el luego famoso juez Marshall. De esta manera se aseguraba el control de constitucionalidad sobre las leyes que el Poder Ejecutivo aplicara y también logró el contrapeso necesario con las que emitiera el Poder Legislativo.

El famoso y polémico caso "Marbury *vs.* Madison" fue producto de estas circunstancias, demostrando la vinculación entre cuestiones políticas y control judicial (*judicial review*).[160]

Precisamente, como una derivación de este hecho, surge la denominada teoría del uso alternativo del derecho, por la cual se consigue desplazar absolutamente la inspiración legislativa para conseguir un empleo puramente político y especulativo.

160 Una precisa síntesis la realiza González Oropeza, Manuel, "Marbury *vs.* Madison: la política en la justicia", *Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio,* tomo I, México, UNAM, 1988, pp. 314-331.

Conforme este destino, las instituciones jurisdiccionales encuentran limitadas sus funciones habituales, cuando no, influenciadas por la ansiedad que genera la ausencia cierta de independencia y autarquía del Poder Judicial.

La política (o los políticos) consiguen, a partir de su posición y enlace entre poderes, ubicarse en tren de *lobbystas* de la justicia, propiciando fórmulas de ajuste, esclarecimientos forzados, y demás derivaciones de las normas que literalmente no responden al fin que se requiere.

La doctrina del "uso alternativo del derecho" demuestra cómo es posible objetar la actuación completa de la norma fundamental, propugnando acentuar la utilización de sus cláusulas descriptivas (programáticas), para integrarlas con sofismas infraconstitucionales.

Se funda esta idea en el rol político del derecho, al precisarse que la presunta "apoliticidad" del mismo (en el sentido de ser puramente ascéptico) es, en verdad, una posición perfectamente política.[161]

Así queda apresada lógicamente la "interpretación del derecho", de modo que habrá siempre un momento político en la interpretación.[162] Agrega Sagües, que

> La interpretación no es una tarea exclusivamente técnica, basada en un supuesto derecho ecuánime, creado por un Estado superpuesto a las clases sociales, y mediador imparcial entre estas... habrá siempre un ineliminable momento político... con la consiguiente responsabilidad por las opciones.[163]

Se consigue entonces eliminar la imagen certera del derecho para dar paso a una interpretación flexible, secuencial con los movimientos sociales y emparentada con los valores que se reclaman.

Los obstáculos que representa la tesis de la supremacía son obviados con la exégesis armonizante (claro está, impulsando un esfuerzo teleológico). Inclusive se llega a sostener que este principio "valdrá para el uso alternativo del derecho como herramienta ideológica, y en cuanto le sea provechoso; no así si le perjudica".[164]

Los valores idealizados mudan su condición a la práctica que resulte más adecuada a los fines, dando por tierra la seguridad, orden y control que representa la función jurisdiccional.

161 Sagües, Néstor Pedro "La interpretación de la Constitución (Poder Judicial *versus* Poder Constituyente)", *Revista de Derecho, cit.*, nota 75, p. 106.

162 Sostiene Ferraioli, Luigi, "Magistratura democrática y el ejercicio de la función judicial", *Política y justicia en el Estado capitalista*, Barcelona, Fontanella, 1978, p. 64, que "ser apolítico o declararse tales no significa en efecto estar fuera o por encima de la política, sino aceptar pasivamente los valores políticos ideológicos dominantes, por cuya virtud el Poder es siempre apolítico, mientras que políticas son sólo las oposiciones".

163 Sagües, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 160, p. 107.

164 *Ibidem*, p. 109.

Bien resume Pérez Luño que

> Por esta vía la interpretación de la Constitución deja de ser tal, al desbordar su significación normativa, para convertirse en un fenómeno de decisión política, lo que supone negar la posibilidad de una auténtica interpretación constitucional. Con lo que a través de tal proceso el 'uso alternativo del derecho constitucional' termina por degenerar en 'abuso alterativo de la Constitución'.[165]

La deformación evidente del sistema fundamental no admite estas soluciones extraconstitucionales o supraconstitucionales, ni aun cuando se efectúen bajo el argumento de sincerar interpretaciones adulterantes de la Constitución que representan, en apariencia, interpretaciones constitucionales.[166]

La transformación social y los cambios políticos no se resuelven tornando espurio el comportamiento de las instituciones. Si la justicia se presta a convalidar expresiones acomodadas a los requisitos que se planean, la ética responsable (tal como fuera expuesta por Max Weber) no existe y la libertad para intelegir normas básicas para la convivencia social y la dignidad del hombre ensayan la decadencia misma de los principios sobre los que se apoya.

Es evidente que, por esta vía, se pretende forzar el cambio social a partir del derecho. Pero ¿cómo se puede hacer una revolución a través del derecho cuando se defienden normas que se tergiversan, abusan sus cometidos o pulsan conceptos absolutamente opuestos con los aceptados con anterioridad?[167]

6) La doctrina del "no interpretativismo"

Un trabajo de Felipe Miguel Beltrán sostiene que la función interpretativa debe ser lo más ascéptica que pueda, ha de tender al textualismo manifiesto, evitando los originalismos. Para ello, el método histórico encolumna su labor intelectiva sin posibilidad de añadir disposiciones que le parezcan consecuentes.

El juez de este mecanismo "aplica" la Constitución, no la "modifica" con sus pareceres, se impone una autorrestricción que limita en sus justos términos el control que ejercita.[168]

Esta idea, absolutamente conservadora de un *status quo* consolidado, encuentra actualmente una fuerte resistencia en el denominado "no interpretativismo",

165 Pérez Luño, Antonio, *op. cit.*, nota 9, p. 268.

166 Así lo propicia Sagües, *op. cit.*, nota 160, p. 117, y "Derecho Constitucional y Derecho de Emergencia", *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, año XXXV, núm. 28, 1990.

167 *Cfr.*, la réplica del doctor José Luis Egaña en su "Comentario a la ponencia del Sr. Néstor P. Sagües", *Revista de Derecho*, Chile, *cit.*, nota 75, pp. 119-126.

168 Beltrán, Felipe M., *Originalismo e interpretación. Dworkin bs. Bork: una polémica constitucional*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 26 y 45.

según el cual cada generación tiene derecho a tomar de la Constitución las conveniencias que le ofrece, y adecuar aquéllas que han caído en desuso.

Para ello, los tribunales cuentan con el poder necesario para activar el cambio que se encuentra consensuado por las motivaciones sociales.

El denominado "activismo judicial" afinca esta doctrina dando un protagonismo inusitado a la magistratura, especialmente, a la jurisdicción constitucional.

Se indica así que "hay que romper definitivamente con el texto y con la voluntad de los constituyentes",[169] porque el juez no está facultado para "interpretar" sino para manejarse con valores y reclamos individuales y masivos que le imponen las necesidades de una sociedad angustiada por la inercia de su ley superior.

Es urgente, en consecuencia —sostienen quienes predican esta idea— reprogramar constantemente los principios, derechos y garantías, acuñando la fórmula de la "constitución cambiante", toda vez que ésta es un mensaje más que una estructura, y por tanto, toda mutación está legitimada por la lealtad del pueblo con sus justas reclamaciones.

En otros términos

> La voluntad e intenciones de los actuales herederos y poseedores del poder soberano, quienes mantienen la Constitución, tienen el poder de alterarla y se hallan en la inmediata presencia de los problemas que deben ser resueltos. Son ellos los que confirman las cláusulas constitucionales y hacen una fuerza viviente de lo que de otro modo sería un documento mudo y sin vida.[170]

En la absoluta polarización entre el textualismo conservador, y el "no interpretativismo" se abren interrogantes sobre la conveniencia de aceptar una u otra, al ser ambas posiciones extremas.

Está claro que, cuando la interpretación deja de ser una simple opinión para constituirse en un hecho jurídico fundamental por las consecuencias que tiene, el problema deja de ser puramente técnico para convertirse en un planteamiento filosófico.[171]

Esta conclusión permite sostener que las cuestiones constitucionales abandonan su condición como hipótesis de derecho, cuando se dirigen a resolver cuestiones de poder.[172]

169 *Cfr.*, Sagües, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 160, p. 113.

170 *Cfr.*, Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, tomo 3, Buenos Aires, Plus Ultra, 1978, p. 687.

171 Ascoli, Max, *La interpretación de las leyes. Ensayo de filosofía del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1947, p. 8. También, Pérez Luño, Antonio, *op. cit.*, nota 9, pp. 249 y ss.

172 Así también interpretan, Fix-Zamudio, Héctor y Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 140, p. 53; Pérez Luño, Antonio, *op. cit.*, nota 9, p. 250.

En muchos países, la designación de los miembros de Poder Judicial facilita proyectar postulados de gobierno cuando de antemano se presume la convalidación jurisdiccional en aspectos que pueden estar enfrentados con textos fundamentales.

Resulta así que la interpretación jurídica, tal como fue diseñada por el derecho positivo y que Savigny desarrollara en sus epígonos más importantes, aparece en la actualidad privada de esas características.

Es probable que en esta diatriba haya influido la rigidez de las cartas constitucionales, donde no se admite ningún cambio en la parte dogmática por ser derechos y garantías de pertenencia exclusiva del hombre; y respecto de la parte orgánica institucional en la cual se predica la inmutabilidad de los órganos establecidos si no es a través de los mecanismos reformistas que el mismo sistema establezca.

Lo cierto es que a partir del establecimiento de la doctrina de los "derechos subjetivos públicos", el avance y transformación de las sociedades y, sobre todo, la dinámica en que se desenvuelven las naciones, contribuyeron a enraizar estas nociones hacia el *aggiornamiento* constitucional, aun sin respetar la preceptiva interna.

También es verdad que a través del "no interpretativismo" se consigue una hermenéutica más amplia, dando permanencia y actualidad a definiciones fundamentales que, por razón del tiempo en que fue expresado, hayan perdido claridad conceptual. En este aspecto, la interpretación no es tal, sino mera "integración" de la norma.

Asimismo, las bondades que refleja este sistema se evidencian en "pensar la Constitución hacia adelante" sin hacer culto a los muertos. O como dice Sagües, sin rendirse ante los constituyentes y las generaciones pasadas. Además, agrega el autor

> También es alentador el no interpretativismo al destacar que la interpretación de la Constitución requiere a menudo ir a datos y valoraciones extraconstitucionales, emergentes de la realidad fáctica, de la conciencia colectiva y de requerimientos contemporáneos del bien común. La Constitución, en resumen, no goza de autosuficiencia; no es un documento hermético y perfecto, que abarque todo el derecho constitucional.[173]

No obstante, la seducción que provocan estos serios argumentos nos impone un interrogante ¿no es este pensamiento una ilusión estéril que sirve únicamente a los intereses políticos del gobierno de turno?

Es entonces cuando retornamos a esa responsabilidad ética que refirió Weber, porque al intérprete deben atribuirse condiciones suficientes de libertad para ex-

173 Sagües, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 160, p. 114.

presarse en el marco preciso de un sistema constitucional. Cuando esa independencia está difuminada o presenta signos de interrogación, la facilidad hacia el cambio lo único que provoca es un orden jurídico infraconstitucional.

Ello no significa que sea ilegítimo, bien se ha hablado de la "legitimación por procedimientos" que tienen consenso y aceptación por los resultados. Simplemente, decimos que no son interpretaciones constitucionales; relacionan a la Constitución, la sacan de contexto, y de sus consagraciones surgen dicciones novedosas que pretenden transformarse en derechos de la evolución.

Quizá el resumen esté magníficamente expresado por el profesor chileno Cea Egaña

> La Constitución en su esencia y el constitucionalismo, para ser aún más claro, es la regulación del Poder por el Derecho, es decir, exactamente lo contrario de lo que está panteado por la ley del uso alternativo del derecho. Es la sumisión en un Estado de Derecho del Poder a la norma jurídica justa. Ese es el constitucionalismo. Dicho en otras palabras, es correcto decir que el Derecho no es neutro, !de acuerdo! Pero no es también infinitamente manipulable, puesto que, entre otras consecuencias, es el Derecho el que en una sociedad civilizada debe regular al Poder, es decir, al proceso político y hacerlo con sujeción a un plexo de valores objetivados en la Constitución.[174]

30. *Las dificultades de la interpretación*

El ejercicio de interpretar la Constitución o las normas, con el consiguiente estado de controlar y fiscalizar a los órganos que comparten la administración del Poder, tiene limitaciones.

En primer lugar a los jueces se les prohibe efectuar declaraciones "in abstracto", pues lo contrario implica superar la órbita de la función jurisdiccional para convertir a los jueces en revisores supremos de la validez de las normas creadas por el gobierno central o de las provincias federadas. Tales declaraciones serían, por lo demás, eminentemente teóricas y extrañas a la tarea de los magistrados.[175]

Asimismo, la función de los jueces es decidir, aplicando el derecho en los casos concretos suscitados entre partes con intereses jurídicos contrapuestos, sin poder expedirse fuera del contexto que se limita.

Otras restricciones se encuentran en la legitimación que debe acreditar quien activa la protección jurisdiccional contra el exceso legislativo; de modo que sólo actúa quien tenga un interés personal y directo, y un derecho vulnerado por la norma que impugna.

174 Cea Egaña, José Luis, *op. cit.*, nota 166, p. 122.

175 Ghigliani, Alejandro, *Del control jurisdiccional de constitucionalidad*, Buenos Aires, Depalma, 1952, p. 80.

El hecho individual y el "caso concreto" para ventilarlo advienen así una suerte de cortapisas que imponen flexibilizarlos a la luz de la subjetivización y socialización de los problemas.

Es evidente que si la norma es inconstitucional para uno también lo es para otros, pues no se conciben sinrazones que determinen la inaplicabilidad.

El derecho procesal, en este aspecto, debe superar su esquema premodelado en formulismos rígidos y estancados, como el "pedido de parte", "litisconsorcio" (para el proceso con pluralidad de partes) y la "cosa juzgada".

Pero no hemos de avanzar en este tramo, porque las cuestiones procesales fueron vistas con anterioridad; es oportuno mostrar ahora los grandes problemas que surgen con otras consagraciones.

1) Las cuestiones políticas

Las cuestiones políticas constituyen una de las exclusiones a la injerencia de los jueces. Están inmersas en una categoría más amplia: "las cuestiones no justiciables", y en verdad, resulta por demás complejo ofrecer una noción precisa sobre los actos que abarcan.

Un viejo estudio de Gastón Jèze[176] decía que "los actos llamados de gobierno no tienen una naturaleza especial. No hay, pues, razón jurídica para poner en jaque el sistema general de control jurisdiccional".

Esta asimilación de las cuestiones políticas a los actos de gobierno, si bien cuentan con el asentimiento legislativo, e inclusive, de leyes fundamentales, han logrado dimensionar tal espectro de situaciones que constituyen verdaderas excepciones arbitrarias.

Sin embargo, en la exageración de estas cuestiones ha contribuido el mismo Poder Judicial, porque han sido los jueces quienes elaboraron el principio del motivo político, generando un sinnúmero de ampliaciones que no contaban con respaldo legal.

En Argentina, por ejemplo, las "cuestiones políticas no justiciables" son de viejo cuño. Reconocen su antecedente en el caso "Cullen c/ LLerena" (7 de setiembre de 1893),[177] donde se cuestionaba la intervención federal en una provincia. Allí se indicó que "la intervención nacional en las provincias, en todos los casos en que la Constitución lo prescribe y lo permite, es un acto político por su naturaleza, cuya verificación corresponde, exclusivamente a los poderes políticos de la Nación".

176 Jèze, Gastón, *Principios generales de derecho administrativo*, tomo I, trad. de Julio N. San Millán Almagro, Buenos Aires, Depalma, 1948, p. 414.

177 Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, tomo 53, p. 420.

Luego fueron ampliadas a las "cuestiones electorales", destacando el Alto Tribunal que son "cuestiones políticas irrevisables", el sorteo de candidatos electos, la formación de padrones electorales, la oficialización de listas, los conflictos internos de los partidos, las decisiones tomadas en materia electoral por los tribunales de provincia, etcétera.[178]

Esta tendencia fue abandonada en 1965, y absolutamente, una vez constituidos los tribunales con competencia electoral.

También se consideraron "cuestiones no justiciables" las vinculadas con la formación y procedimiento para la sanción de una ley. En 1963 la Corte dijo que no eran facultades jurisdiccionales admitidas las de examinar el procedimiento adoptado por el Poder Legislativo en la formación y sanción de las leyes, "salvo el supuesto de incumplimiento de los requisitos constitucionales mínimos e indispensables que condicionan la creación de la norma".[179]

Son sucesivas las excepciones que se consagran para evitar la interpretación o participación de la justicia en temas de hondo compromiso político-institucional.

Una senda adecuada para encontrar una "cuestión política" resultan las llamadas "facultades privativas" del Poder Legislativo o Ejecutivo, porque la sumisión al fraccionamiento de atribuciones bajo el esquema republicano de la trinidad estatal no tolera compartir atribuciones que son exclusivas.

También son materias de este carácter la declaración del estado de sitio, la suspensión de garantías constitucionales (aun cuando se las controla bajo la premisa de la "razonabilidad del acto"), las decisiones sobre indultos, amnistías, etcétera.

De lo expuesto, la doctrina más característica ha disputado la legalidad y legitimidad de estas situaciones no justiciables.

La autonomía constitucional, que cuentan para su tratamiento, de alguna manera las ha dotado de suficiencia y libertad para obrar con criterios que llegan a ser abusivos. Por eso, más que "cuestiones políticas", la división tendría que pensarse sobre la base de las zonas de reserva o privativas con que cuenta cada órgano, que al ser constitucionalmente "cuestiones jurídicas" admiten el control subsiguiente sobre la razonabilidad de su establecimiento.

De esta manera el posible "desvío de poder" podrá alertarse, cuando no, denunciarse directamente.

Los argumentos que avalan la excepcionalidad son varios. Entre ellos: la división de poderes (interferencia indebida del Judicial en actividades del Ejecutivo); las facultades privativas (por ejemplo, de funciones propias); el gobierno de

178 Un resumen enjundioso está en el trabajo de Haro, Ricardo, "Las cuestiones políticas: ¿prudencia o evasión judicial? (análisis en el derecho constitucional argentino)", *Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio*, tomo I, *cit.*, nota 159, pp. 333-362.

179 Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, tomo 256, p. 556.

los jueces (reemplazo del criterio administrador por el judicial o "judiciocracia"); pero ninguno de ellos consigue conmover un dato que se revela inicial: la supremacía constitucional opera en todos los ámbitos y, al permitirse la irrevisión, lo único que se obtiene es convalidar un acto agresivo a la carta fundamental.

2) El derecho de la emergencia

Las dificultades del control judicial para revisar los actos legislativos y las acciones de gobierno mientras perdura la situación de emergencia ha derivado, sorprendentemente, en una interpretación mutativa de la realidad que se ampara bajo el denominado "derecho de la emergencia".

La cuestión terminológica es importante, porque existe un casuismo desmesurado que pone bajo la protección de este estado a ciertas actitudes que distan bastante de ser necesarias e imprescindibles por la urgencia.

La emergencia se refiere a una situación de crisis que obliga a someter las instituciones a un estado provisional que altera el juego operante de las funciones de gobierno. Se aumentan los poderes de la administración, el parlamento queda inerte ante la legislación de emergencia (decretos de necesidad y urgencia, poderes de necesidad, atribuciones provenientes de la crisis, etcétera) y, finalmente, el poder judicial encuentra que el estado de excepción configura una "cuestión no justiciable".

Los estados de emergencia tienen, a su vez, institutos propios por los que se expresan tales como la "suspensión de garantías", el "estado de sitio", y en materia legislativa arrasa con la supremacía constitucional a partir de los decretos que invocan la necesidad y urgencia proveniente de la crisis por la que el Estado atraviesa.

La temporalidad pensada para el régimen se torna reiteradas veces en permanencia cuando el administrador se encuentra facilitada la tarea política ante la ausencia de controles.

Esto se ha constatado en los numerosos gobiernos militares que proliferaron en Latinoamérica restringiendo los mecanismos constitucionales. La "dictadura constitucional" emerge, en cuanto significa otorgar facultades excepcionales a los órganos de gobierno, y en particular al Legislativo y predominantemente al Ejecutivo, para que pueda hacer frente de una manera rápida y eficaz a las situaciones que ponen en peligro el orden constitucional.[180]

Es verdad también, y no debe ocultarse, que aun los gobiernos constitucionales y democráticos abusan de este sistema, al propiciarles un argumento consistente para elaborar y desarrollar un plan de acción que, si debiera contar con el

180 *Cfr.*, Valadés, Diego, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, UNAM, 1974, pp. 123-154; Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 73, p. 514.

apoyo parlamentario, le sería difícil controlar ante el juego de frenos y contrapesos que obliga toda gestión participativa.

Los decretos de necesidad y urgencia aparecen así como verdaderas leyes que violentan el orden constitucional, y no es posible admitir la tolerancia jurisdiccional.

Señala Fix-Zamudio que

> La revisión judicial de la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas puede utilizarse durante las situaciones de emergencia o de excepción, para examinar la concordancia de las medidas generales que adoptan con motivo de la declaración de los estados de excepción, incluyendo la declaración misma, aun cuando sea con limitaciones en cuanto a la apreciación de la oportunidad y finalidad políticas de las declaraciones respectivas, y en cuanto afectan la normalidad constitucional y los derechos fundamentales de los gobernados.[181]

La gravedad crítica del Estado, extremo conducente para declarar la emergencia, tiene salidas menos drásticas, siendo, a veces, suficiente que concurran supuestos de anormalidad institucional que sobrevienen inesperadamente, pero que representan un peligro, cualquiera que fuera su índole para la vida y la comunidad.[182]

Doctrinariamente existen dos valiosos antecedentes que reparan en estas transformaciones de un derecho que, ideado para salvaguardar las instituciones, puede convertirse en la misma causa de los despotismos.

Uno de ellos proviene de la "Comisión Internacional de Juristas", que dice: "El control judicial durante un estado de emergencia es esencial al concepto de un estado que como ese, representa la substitución de un normal estado de derecho por un excepcional estado de derecho, en lugar de consistir en la subordinación del principio de legalidad por un gobierno arbitrario".[183]

El otro pertenece a la Opinión Consultiva número 8 del 6 de octubre de 1987 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,[184] donde se destaca que la emergencia no autoriza a sacrificar todos los instrumentos corrientes que protegen las garantías y los derechos fundamentales. Las únicas restricciones que se admiten son las estrictamente necesarias, y ellas requieren de interpretación al efecto.

Se concluye que las herramientas que nunca pueden suspenderse son el amparo y el *habeas corpus* porque representan los medios procesales idóneos para revisar la legalidad en una sociedad democrática.

181 Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 73, p. 514.

182 *Cfr.*, Padilla, Miguel M., "El control judicial durante las emergencias en la República Argentina", *Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio*, tomo I, *cit.*, nota 159, pp. 2307-2325.

183 "States of emergency: their impact human rights", Ginebra, 1983, citado por Padilla, Miguel M., *op. cit.*, nota 181, p. 2313.

184 *In extenso* puede consultarse en Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 10, pp. 279-287.

CAPÍTULO IV

LA ACCIÓN EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

31. La acción en el derecho procesal constitucional..... 141
32. El derecho a la jurisdicción 146
33. La legitimación procesal en la jurisdicción constitucional..... 148
34. Garantías y derechos tutelados 151

CAPÍTULO IV

LA ACCIÓN EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

31. *La acción en el derecho procesal constitucional*

Posiblemente la autonomía del derecho procesal haya comenzado con la polémica entre Windscheid y Muther (1856/1857) acerca de la independencia que la acción tenía en el derecho romano respecto al derecho subjetivo.

Las elaboradas doctrinas que sucedieron a ese encuentro[185] fueron mostrando facetas de un mismo problema. La reelaboración de conceptos, los novedosos planteamientos y, sobre todo, la transformación política de los Estados y el crecimiento incesante del intervencionismo estatal puso en crisis las teorías sobre el derecho abstracto o concreto que la acción significaba. Era momento de advertir el rol asignado a los hombres y el papel que cumplía el juez en los conflictos entre aquellos.

Así, se comprende que el fenómeno movilizador del aparato jurisdiccional no estaba motivado únicamente por la lesión a un derecho subjetivo. Existía un trasfondo que involucraba el interés del Estado en solucionar pacíficamente las diferencias.

En consecuencia, se vinculan el derecho de petición y el derecho a la tutela jurisdiccional para utilizar vocablos comunes de la actualidad.

Por primera vez, la acción fue colocada dentro de los derechos cívicos, esencialmente como una forma del derecho de petición a las autoridades.[186] Es cierto que, por entonces, ya se hablaba de un derecho genérico a recurrir a los tribunales[187] concibiendo tal ejercicio como un derecho abstracto de pertenencia indiscriminada.

Pero es Couture quien fundará la importancia de esta posición sobre la base de considerar que la acción era una proyección de la personalidad y, por ende,

185 *Cfr.*, Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 33, pp. 63-104.

186 Aun cuando algunas cartas constitucionales distinguen el derecho de petición a las autoridades de la acción, propiamente dicha (v. gr. Constitución de Costa Rica —artículo 41—, Honduras —artículo 82— y México —artículo 17—, entre otras).

187 Furno, Carlo, *Disegno sistematico delle oposizione nel processo executivo,* Firenze, Apéndice, 1936, pp. 96-97.

de carácter privado. No obstante, como al mismo tiempo en la efectividad de ese ejercicio está interesada la comunidad, cobra inmediatamente carácter público.[188]

Quedaron vinculados así los dos rostros de la acción: aquélla que moviliza el interés del Estado para satisfacer las peticiones de sus súbditos, y el propio derecho del recurrente que pide la actividad jurisdiccional.

Precisamente, por encontrarse tan próximas estas manifestaciones, algunos autores dijeron que el derecho de acción pertenecía al derecho constitucional, y otros optaron por referirse a un "derecho a la jurisdicción", o bien a un "derecho jurisdiccional".[189]

Pero entre ambos había diferencias. Montero Aroca las encuentra al trazar distancias entre el derecho de petición y el derecho a la jurisdicción.

El primero pertenece a la órbita del derecho constitucional y no genera un deber correlativo de respuesta. En cambio, el derecho de acción provoca una relación inmediata entre el particular y la autoridad sin afectar a un tercero. La acción es el primer paso de la pretensión y ésta implica siempre la existencia de un tercero, de otra persona frente a la que se formula la declaración de voluntad petitoria.[190]

Esta explicación introduce una notable variante: al derecho procesal no le interesaría tanto encontrar la esencia del proceso como sí el modelo de la jurisdicción. Por eso, partiendo de que el proceso es una categoría jurídica propia, lo que importa descubrir es "su porqué", y la respuesta se halla en considerarlo un instrumento necesario.

Por eso tiene el proceso judicial esa definida presencia como garantía constitucional.

Ya en 1965, Bidart Campos elaboraba un concepto aproximado destacando que el "derecho a la jurisdicción" marcaba tres tiempos para el análisis: "antes del proceso", como obligación del Estado de suministrar justicia; "durante el proceso" manteniendo la idoneidad de vías procesales y la garantía de defensa en juicio en todas las instancias hasta llegar a la sentencia y, finalmente, en la

188 Couture, Eduardo J., *Fundamentos de derecho procesal civil,* 3a. ed. póstuma, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 71.

189 *Cfr.*, por todos, Almagro Nosete, José, "El libre derecho a la jurisdicción", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid,* 1970, pp. 95 y ss. Donde agrega que "el derecho a la jurisdicción, es un derecho subjetivo público de reclamar la intervención del órgano jurisdiccional, tiene carácter constitucional y sobre todo es una exigencia de derecho natural. El derecho a la jurisdicción es la instrumentación formal de un derecho fundamental y natural de la persona humana: el derecho a la defensa jurídica, que a su vez es el sustituto de un proceso anterior y primario que es el derecho de legítima defensa... La acción es, pues, derecho a la jurisdicción, pero también ejercicio del derecho a la jurisdicción".

190 Montero Aroca, Juan, "Del derecho procesal al derecho jurisdiccional", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal,* 1984-I, pp. 40-41.

"integridad de requisitos que tendría que contener el acto resolutorio jurisdiccional" para considerarlo válido.[191]

El dilema histórico que protagonizara la acción, es decir, el interrogante de saber si era el mismo derecho que se reclamaba en juicio, o suponía un interés diferente, independiente del derecho subjetivo parece abandonado con las teorías que abonan el derecho a la jurisdicción. El punto de partida es otro y radica en observar la función jurisdiccional.

Sin embargo, el aviso que dio Calamandrei al precisar la relatividad de los conceptos fue mucho más allá, porque lograba demostrar la necesaria simbiosis entre la acción, el tiempo en que se formulaba y la circunstancia propia del Estado que debía dar respuesta.

Quedó claro, también, la correspondencia de la teoría con la doctrina política que era su fundamento; por eso afirmó la existencia de corrientes opuestas; una liberal e individualista del Estado, y otra más rígida y autoritaria. Mientras una priorizaba el interés individual del sujeto, otra radicaba en la teoría del derecho abstracto de obrar.[192]

Si observamos en profundidad el desarrollo doctrinario advertiremos que, en una primera etapa, se creyó que la acción era el derecho violado del individuo que, al requerir reparación, proyectaba su derecho en el ejercicio de petición; luego, conseguida la autonomía científica del concepto, se articulan numerosos criterios que precisaron situaciones particulares.

Colocar la acción en el terreno del derecho privado colisiona con la finalidad de paz social que persigue el Estado al resolver los conflictos de intereses.

Si la integramos en el derecho público, desatiende el interés exclusivamente particular que define su puesta en marcha.

Varios autores dieron sus opiniones ofreciendo esclarecimientos útiles.

Nosotros hemos creído[193] que la acción "no es más que un acto" de contenido estrictamente procesal destinado a presentar un reclamo a la autoridad jurisdiccional. Esta, conocida la petición, iniciará un proceso y, de este modo, cerrará el circuito característico, propio e inconfundible, del proceso jurisdiccional.

Este acto de pedir informa al mismo tiempo una manifestación típica del derecho constitucional de petición. Como tal, el carácter abstracto que pondera se refleja en la posibilidad de lograr un litigio donde pueda ser oído y, en ese caso, habrá obtenido el ansiado acceso a la justicia.

Ahora bien, para obrar en el sentido apuntado basta con el ejercicio reflejo de una motivación; es decir, quien acude al proceso no necesita estar respaldado

191 Bidart Campos, Germán J., "El derecho a la jurisdicción en Argentina", *El Derecho*, t. II, Argentina, p. 969.

192 Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, t. I, Buenos Aires, Ejea, 1986, p. 226.

193 *Cfr.*, Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 33, pp. 96-103.

por la razón o derecho alguno; basta con que el Estado le garantice el acceso, le brinde la posibilidad.

De este modo, la acción será también un derecho subjetivo inspirado en el deber del Estado de otorgar tutela jurídica.

Aun así, en esencia, la acción tiene carácter intrínsecamente procesal (podríamos decir, de derecho procesal constitucional), porque, más allá de la garantía que supone, tiene como finalidad la protección jurisdiccional. Por eso la evolución conceptual del tema culmina con el derecho a la jurisdicción.

Entonces, si por la acción existe el proceso, el desarrollo de éste también sucede por la actividad de las partes, de tal suerte que la acción resulta del conjunto de las actuaciones interesadas. Pero además, como vimos, la acción procesal es jurisdiccional: ella en su jurisdicidad es petición de juicio y en último extremo exigencia del derecho. Sin el derecho no existe el juicio, y éste no existe sin la acción.

Hilvanando la idea, vemos que el destinatario de la acción sería el Estado, pues a él recurrimos persiguiendo tutela jurídica (derivación del concepto sustitutivo del Estado que se apropia de la facultad de juzgar y, por ende, debe componer los conflictos que se le plantean); pero también, la otra parte, el demandado es objeto de nuestro interés. Procuramos que se someta a la obligación que le denunciamos.

Quienes han polarizado la acción hacia criterios concretos y abstractos no han tenido en cuenta la relatividad de la idea, porque ambos interesan al Estado y al particular, según se refieran a la relación sustancial que se traba entre las partes del proceso; o consideren el derecho subjetivo público que contra el Estado se tiene para obtener la tutela del derecho.

Si la acción fuera solamente un derecho contra el Estado quedaría sin sustento la cuestión de fondo que vincula a las partes con un derecho material; en tanto que invertir los conceptos dejaría aislados a los contradictores ante un juzgador sin obligación que cumplir hacia ellos.

Todo parece indicar que la acción es un derecho que se dirige contra el Estado en su deber de afianzar la tutela jurisdiccional; y que concreta con la parte adversaria el vínculo característico de la relación jurídica procesal.

También, en este orden de ideas resulta importante adoptar una posición en relación con el fundamento político que pueda encontrar la acción.

Es entonces cuando se advierte la trascendencia institucional de ella, porque al estar inmersa dentro del ordenamiento jurídico del Estado, constituye una auténtica expresión política.

Enclavado ese derecho de pedir en el derecho constitucional, le resta al jurista fijar su contenido y ubicación en el sistema orgánico del derecho.

Principalmente la doctrina italiana reconoció la existencia de un poder frente al adversario que, de alguna manera, se oponía al poder frente al Estado que preconizaron los procesalistas germanos.

Dicho poder, es considerado como el que ejerce el individuo para que el Estado le resuelva los conflictos judiciales que tiene o como el deber que obliga a convocar a un adversario para confrontar intereses, determina la caracterización del poder jurisdiccional y las consecuencias o efectos que después se evidencian en el proceso propiamente dicho.

La relación entre individuo y Estado obedece en este tramo a entronizar el interés para la digna tutela del derecho, pero poco consigue para caracterizar la distribución entre el derecho material o subjetivo y la acción; y menos aún para resolver el carácter con que las partes debaten en el proceso.

En realidad el poder ejercido es puramente ideal, y al resultar así, el sujeto pasivo de la acción nada puede hacer para impedirla; tampoco el actor puede esperar que con ella se origine un nexo opresor contra su oponente.

Sin embargo, con la acción se proyectan restricciones en los derechos subjetivos del otro, tanto sea por la discusión que entablen sobre la titularidad, como por las consecuencias que importa sustanciar un proceso.

En definitiva, no hay sometimiento alguno de nadie respecto a alguien. El actor que demanda manifiesta su voluntad de obtener una sentencia que le favorezca; por su parte, el contradictor tiene frente a dicho ejercicio facultades que se convierten en cargas si comparece al proceso.

Por tanto, "la acción es un derecho subjetivo autónomo (es decir, aislado del basamento que puede encontrar en el derecho sustancial) que, ejercitado, otorga el derecho a la jurisdicción y permite afrontar el trámite de un proceso.

No existen condiciones para "accionar", en todo caso los requisitos corresponden a los hechos en que se funda (pretensión); por eso el deber del Estado consiste en otorgar el acceso a la justicia toda vez que el acto de pedir tiene sustrato fundamental.

Se reúnen así los dos elementos científicos que dan elocuencia al porqué la acción, en este tránsito de acceso y respuesta del Estado, corresponde al derecho procesal constitucional.

Así lo entienden autores como Cappelletti y Fix-Zamudio cuando hablan de la acción "como un derecho humano a la justicia".[194]

Legislativamente se refleja en la Constitución española (arículo 24) en dos apartados que reciben la noción garantista del derecho de acción, al instalarlo en

194 Fix-Zamudio, Héctor, "Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso", *IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Madrid, 1985; Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 54, pp. 337 y ss.

un momento anterior al proceso como derecho a la tutela efectiva, y "a posteriori" para garantizar el desarrollo del debido proceso.

Sin embargo,

> El derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales no es la acción civil en sentido concreto, ni un derecho semejante en los restantes órdenes o ramas jurisdiccionales. Esto es perfectamente explicable porque si el Tribunal Constitucional tuviese que dilucidar si se ha dado o no la razón acertada y justamente, necesariamente se convertiría en un gigantesco órgano de segunda o tercera instancia en incontables procesos.[195]

32. *El derecho a la jurisdicción*

La derivación alcanzada en la acción para llegar al derecho jurisdiccional significa incorporar elementos al clásico esquema del derecho a pedir.

No se trata únicamente de que alguien reclame y sea escuchado; es preciso, además, la formación de un proceso judicial y que cuente con el máximo de garantías que consoliden, precisamente, su carácter fundamental.

La idea es evitar el aislamiento de la acción que determine tenerla únicamente como un derecho de acceso a los tribunales. El concepto ha de vincularse con otras garantías procesales, tales como la defensa en juicio, o el más genérico, del "debido proceso legal".

Quizá, porque la noción de "libre acceso" parezca una definición hueca, o demasiado amplia para atrapar situaciones que generan crisis manifiestas (v. gr., legitimación procesal, representación, etcétera), se ha difundido la expresión "derecho a la jurisdicción", con la esperanza de ocupar la diversidad de relaciones que ocupa el problema de petición y ser oído adecuadamente.

En consecuencia, al excitar la actividad judicial, se pone al mismo tiempo en marcha un procedimiento que culminará con la sentencia, por tanto, durante todo este tiempo, estará vigente el derecho a la jurisdicción.

¿Cuál es, entonces, la diferencia con la garantía constitucional de la acción?

Entendemos que el derecho a la jurisdicción es un derecho subjetivo y como tal, simultáneamente, es una potestad cuando se ejerce, y una facultad mientras está latente. De todos modos, ambas situaciones jurídicas están involucradas en el derecho subjetivo.

De manera similar lo expresa Rocco cuando dice que de las normas jurídicas se deduce una esfera de actividades dentro de la cual los particulares pueden

195 Figueruelo Burrieza, Angela, "El recurso de amparo en cuanto tutela reforzada de los derechos fundamentales", *Garantías Jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Latinoamérica*, *cit.*, nota 91, pp. 233-252.

moverse libremente sin temor a violar ninguna norma jurídica o de incurrir en alguna sanción. Esta facultad, así enunciada, constituye un derecho generalísimo. La libertad individual en cuanto es tutelada por el derecho se convierte en libertad de hecho, en libertad jurídica y supone el derecho genérico de libertad individual.[196]

La acción supone un derecho fundamental del hombre, pero ya hemos visto que ningún derecho tiene utilidad si no reconoce un instrumento del que valerse. Esa herramienta es la otra cara de la acción, su defensa en juicio.

Pero ya no es campo exclusivo de la acción constitucional, sino de la acción como derecho jurisdiccional.

El de acción es o puede decirse que es una especie del de petición. Es decir, mientras la garantía fundamental de pedir es un poder del individuo para incitar la actividad de los tribunales sin que sea necesario para ello tener calidad o situación jurídica alguna; en el derecho a la jurisdicción, se agregan otras exigencias que, en rigor, son facultades, deberes y derechos de las partes y del juez.

Almagro sostiene que

> Así como la idea del derecho de petición viene ligada a un concepto de actuación pasiva, que se limita a pedir y a esperar; y en cierto sentido, a una actividad de concesión por parte de la Administración, el derecho a la jurisdicción supone pedir, probar, concluir; en suma, una serie de actividades que, no son sólo de incoación, sino de continuidad o insistencia.[197]

Para González Pérez el derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el "acceso a la justicia"; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Esto es: acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia.[198]

Concebido el derecho a la jurisdicción y establecido el alcance que tiene respecto a la actividad judicial consecuente, no quedan dudas acerca de la existencia de requisitos mínimos que aseguren la propia función jurisdiccional como el desarrollo de las garantías que se invocan.

En efecto, el primero de los aspectos contempla los recaudos esenciales para que la magistratura pueda ejercer sin limitaciones ni condicionamientos la función que les fue asignada.

196 Citado por Almagro Nosete, José, "El 'libre acceso' como derecho a la jurisdicción", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. XIV, núm. 37, Madrid, 1970, pp. 95-137, de donde extractamos el párrafo.

197 Almagro Nosete, José, *op. cit.*, nota 195, p. 113.

198 González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1984, p. 39.

La "unidad jurisdiccional" supone que la misión de administrar justicia recae en sólo uno de los poderes del Estado. Fraccionar este concepto autorizando con otro tipo de magisterios equivale a escindir la misma naturaleza que tiene. Por ello, el órgano con funciones jurisdiccionales es único.

El presupuesto de la unidad e independencia del órgano contrae y exige, por vía constitucional de organización de un Estado, que la función de juzgar con autoridad de cosa juzgada se monopolice en la jurisdicción.

La "exclusividad" manifiesta dos consideraciones trascendentes. Por una parte, que sólo quienes ostenten la potestad de juzgamiento tienen la posibilidad de someter a las partes a las disposiciones de un proceso que resolverán de manera definitiva. Por otra, que no es posible pensar en la delegación de esa potestad. Queda supuesta así la íntima relación entre proceso y jurisdicción.

La "independencia judicial" es otro de los "mínimos" establecidos; la ausencia de ella es causa bastante para desconocer la legitimidad del ejercicio.

Ahora bien, si la imparcialidad constituye la garantía con que cuentan las partes para obtener un trámite razonable y una decisión justa; para la jurisdicción la independencia basamenta el enlace natural de su estructura.

La autonomía que se predica persigue el correcto emplazamiento del derecho en el marco del conflicto, donde el juez obtiene la libertad absoluta para resolver sin interferencias ni "amoríos" con otros funcionarios.

De todos modos, el concepto no debe confundirse con la independencia de la magistratura, donde la importancia radica en la forma de constituir una organización judicial.

La jurisdicción reclama su autonomía al conjunto de los poderes del Estado para desenvolver un criterio propio y hasta una política diversa.[199]

En cuanto al segundo de los aspectos necesarios para desarrollar el derecho a la jurisdicción corresponde al terreno de las "garantías" las que, por su importancia, merecen un tratamiento separado.

33. *La legitimación procesal en la jurisdicción constitucional*

Volvemos al tema[200] para vincular las nociones de acción y derecho a la jurisdicción ante uno de los contingentes casi insuperables que tiene la ciencia procesal: la legitimación.

El tema trasciende las disciplinas que aquí abordamos, porque pertenece a la teoría general del derecho al ser un problema estricto de eficacia operativa de las normas jurídicas.[201]

199 *Cfr.*, Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 33, p. 189.

200 Ver parágrafo 17.

201 *Cfr.*, Almagro Nosete, José, *op. cit.*, nota 195, p. 119.

La legitimación no es otra cosa que un requisito necesario —pero no imprescindible, a nuestro criterio— para entablar una pretensión ante un tribunal de justicia o administrativo. Ese recaudo consiste en correlacionar la titularidad del derecho subjetivo con las consecuencias que de ello se esperan, y han sido reclamadas. Es decir, que sólo quienes sean directos e inmediatos agentes del derecho que invocan podrán acreditar legitimación para estar en juicio.

Este encuadramiento es propio de los intereses privados donde habitualmente el enfrentamiento u oposición se da por un conflicto entre personas.

Pero cuando los intereses trascienden el interés de unos pocos para comprender a la generalidad, existe cierta expansión refleja del derecho a peticionar. Al encontrarnos con intereses públicos se acondiciona una categoría que ha dado en llamarse de "intereses legítimos". Esto es, la disponibilidad y acceso a la jurisdicción le pertenece a él y a todos quienes ostenten su misma calidad subjetiva, pudiendo beneficiar a ellos el resultado que personalmente obtenga.

El ejemplo lo expone la "acción popular" o las "acciones de clase" del derecho angloamericano.

Sin embargo, no todas las situaciones jurídicas se dan en un plano tan simplificado, hay otros intereses colectivos que no tienen relación con el "daño hipotético" o la relación causal inmediata. Supongamos ese frondoso conjunto de nuevos derechos que integran el derecho al medio ambiente, a un espacio sano, al equilibrio ecológico, el derecho a la salud y a la seguridad social, el desarrollo urbanístico, etcétera; todos ellos representan a una sociedad absoluta y los derechos tienen una pertenencia difusa, son estrictamente de la colectividad.

Si continuaramos la relación precedente, el daño emergente de cualquiera de estos nuevos intereses no tendría un titular exclusivo, razón por la que el mismo derecho estaría sacrificado de antemano.

En consecuencia, sostiene Cappelletti, cuando los valores en juego son colectivos debe existir la posibilidad de construir tipos nuevos de tutela, no dejados simplemente al interés material o al estímulo de la iniciativa individual. "Precisamente, la búsqueda de estos nuevos tipos de tutela es lo que más profundamente está caracterizando la evolución del derecho judicial en la época contemporánea".[202]

En otras áreas, por ejemplo en el derecho penal, se monopoliza el ejercicio de la acción pública, al recortar cada vez más el derecho a intervenir en el enjuiciamiento a los particulares damnificados.

Cuando de procesos constitucionales se trata, la cuestión torna hacia aperturas bienvenidas. Así ocurre con el Tribunal Constitucional español que favorece el curso de la acción sin apegarse a los extremos de la legitimación procesal.[203]

202 Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 50, p. 7.

203 SSTC 57/1984, 99/1985; 162/1986; 132 y 194/1987, entre otras.

En este sentido el órgano de jurisdicción constitucional concibe una interpretación aperturista, que es lógica ante la dimensión de los intereses que afronta, debiendo estar por el principio *pro actione* y promover la contradicción y paridad entre las partes.

Consecuencia de lo anterior es la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de la exigencia de emplazamiento personal en el orden contencioso administrativo, so riesgo de colocar al administrado en situación de indefensión. Este principio general es, desde luego, matizable (en función, por ejemplo, de si se conoce el domicilio del interesado, si éste tuvo conocimiento del proceso por otro conducto o de si actuó negligentemente o con mala fe procesal), motivo por el que hay que resolver caso por caso. Pero es el principio general porque es el que mejor sirve a la efectividad de su objeto: el derecho de defensa.[204]

Focalizado el problema ante su planteamiento estricto, observamos que la legitimación no es un obstáculo para la acción, sino para el derecho a la jurisdicción.

Tal como advertimos, si la acción pertenece al derecho procesal constitucional por ser un derecho subjetivo público que permanece como "poder" de ejercicio y "facultad" de requerir la intervención de un órgano jurisdiccional, no existe necesidad alguna de contar con el derecho a tener expectativas de éxito. Bien puede activar el aparato judicial cualquier persona, aun por abuso o aprovechamiento de esa facilidad y, no obstante, no persiga establecer ventaja alguna que le aproveche. La distancia entre la acción y el derecho a obtener la sentencia favorable que fuera iniciada por von Bülow es una corriente absolutamente abandonada, prefiriéndose reconocer la complejidad del acto.

En cambio, el derecho a la jurisdicción, que supone permanencia en la instancia y posibilidad efectiva de lograr una sentencia fundada, encuentra un serio valladar en este repliegue.

Por eso en materia procesal constitucional suele practicarse una clasificación que reglamenta el sistema de legitimaciones.

Así como se permite a ciertos organismos asumir la representación ante la crisis (v. gr.: presidente del gobierno, diputados y senadores en conjunto, órganos colegiados ejecutivos, asambleas de comunidades autonómicas, defensor del pueblo, ministerio público, etcétera, siguiendo las pautas de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español), la apertura indiscriminada se tolera (a modo de acción popular) cuando el interés rebasa el mero asunto particular.

Se destacan, entonces, tres principios consecuentes:

a) Un sistema de legitimación abierta y sin restricciones cuando el bien jurídico que se protege corresponde a un interés social.

204 Torres del Moral, Antonio, *Principios de derecho constitucional español*, Madrid, Átomo, 1991, p. 386 y jurisprudencia allí citada.

b) Otro mecanismo de legitimación restringida a quien afirme ser titular de un derecho lesionado o invoque un interés legítimo.

c) Finalmente, un método de prohibición popular dirigida a todos los ciudadanos cuando se trata de impugnar actos con fuerza de ley o que afecten intereses superiores del Estado que, el mismo Tribunal Constitucional, ha de especificar.[205]

34. *Garantías y derechos tutelados*

En el recorrido que hasta ahora hemos efectuado, seguramente resonará en el oído del lector una frase utilizada reiteradamente: las garantías individuales y las garantías constitucionales.

Pero, ¿tenemos en claro qué significan ambas nociones?

Se tratan de esas definiciones un tanto ambiguas del derecho, que dan por supuestos determinados contenidos que no se especifican por entenderse capaces de ser captados por cualquiera. Sin embargo, no existen garantías que operen por sí mismas, su respaldo está en el derecho, es decir, el derecho supone la garantía, y la garantía afirma el derecho.

La palabra proviene del término anglosajón *warranty* que significa asegurar, proteger, defender o salvaguardar (*to warrant*),[206] encuadre que muestra su origen dentro del derecho privado.

En en derecho público, la noción nos llega de los textos revolucionarios franceses, principalmente, del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en cuanto establecía que: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada... no tiene Constitución". Frase que condiciona en adelante toda redacción de cartas supremas, imponiendo un límite natural que el poder no podría trasponer sin alterar los derechos básicos de la persona humana.

Kelsen identifica las "garantías" con los procedimientos o medios para asegurar el imperio de la ley fundamental frente a las normas jurídicas secundarias, esto es, para "garantizar el que una norma inferior se ajuste a la norma superior que determina su creación o contenido".[207]

Empero, este encuadre distintivo llega después de una evolución en las ideas, porque de garantías también se habla cuando se identifican los derechos del hombre con el mismo derecho reconocido. Criterio que está presente en nume-

205 *Cfr.*, Almagro Nosete, José, *Justicia constitucional*, Madrid, 1980, pp.134-138.

206 Para un detallado estudio ver Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Porrúa, 1978, pp. 159 y ss.

207 Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 132, pp. 637 y ss. *Cfr.*, Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, nota 205, p. 161. Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 104, p.108.

rosas cartas constitucionales que en la parte dogmática de sus disposiciones establecen los "derechos, deberes y garantías". Este concepto considera la obligación del legislador común de no violentar los principios que la constitución establece.

Carl Schmitt utilizó, en cambio, la denominación de "garantías institucionales",[208] para referirse a cierto sector de normas de las cartas fundamentales que, sin vincularse directamente con los derechos individuales, merecen una estima superior por sus finalidades políticas y/o sociales, elevándolas a la categoría de preceptos de esencia (supremos), sustrayéndolos de la posible interpretación cambiante del legislador ordinario.[209]

El clásico estudio de Jellinek, que ha proyectado sus líneas a nuestras instituciones fundamentales, prefiere dar una visión distinta a las elaboradas. Significan "garantías constitucionales" tanto los mecanismos internos de defensa como los mismos derechos tutelados, es decir, parangona genéricamente "la defensa de la constitución" con las garantías, *stricto sensu*.

El pensamiento de este autor francés aclara tres categorías de "garantías de derecho público": sociales, políticas y jurídicas; y las concibe como los medios establecidos por el constituyente para preservar el ordenamiento fundamental del Estado, y sólo cuando se refiere a las de carácter jurídico, comprende a las verdaderas garantías, en cuanto expresa que la extensión de la jurisdicción al campo del derecho público se ha de considerar como uno de los progresos más importantes de la construcción del Estado moderno en el curso del siglo XIX, y agrega que, aun cuando en su época se utilizaba para la protección del derecho objetivo, era eficaz, sobre todo, como "garantía" de los derechos públicos subjetivos de los individuos y de las asociaciones.[210]

Son demasiadas las bifurcaciones que la noción de "garantías" y "derechos constitucionales" va abriendo la doctrina especializada, pero lo cierto es que todas ellas procuran dejar en claro que las normas fundamentales no son manifestaciones de voluntarismo jurídico que no tienen posibilidad sancionatoria si dejan de cumplirse.

Más allá de los enfoques estimados sean como "derechos subjetivos públicos", como "normas primarias y secundarias", o "preceptivas y sancionatorias" lo cierto es que todas las corrientes apuntan a observar la importancia que tiene asegurar los derechos propiciándoles la garantía de su efectividad.

Las constituciones más modernas ejemplifican este proceder, a través de los denominados "principios de reserva", por los cuales "los ciudadanos y los po-

208 Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 213 y ss.

209 Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 104, p. 106.

210 Jellinek, George, *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos Urruti, t. II, Madrid, 1915 pp. 533 y ss. *Cfr.*, Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 104, p. 107.

deres públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" (artículo 9.1 Constitución española de 1978).

La supremacía abstracta necesita de la vigencia operativa. No basta la imposición declamativa, ni la presencia sociológica es preciso reafirmar los postulados dándole a las normas fundamentales el amparo que refuerce la protección que promete.

La autolimitación del Estado es una posibilidad utópica frente a los abusos constatados por la historia. Inclusive, ni la democracia garantiza la legitimidad de las conductas, apegadas más al programa de acción que a los derechos consagrados en leyes supremas.

Corresponde actuar en consecuencia y, de hecho, ese fenómeno se aplican en la fijación de competencias de carácter jurisdiccional y procesal que las cartas constitucionales establecen a modo complementario de los derechos y deberes insertos dogmáticamente.

Por eso la posición de Kelsen introduce una variable necesaria y hasta prudente con la época para la cual se establece. La sistematización en órdenes de prioridad y adecuación de las normas consigue demostrar las razones por las que una violación de derechos constitucionales da paso inmediato a las "garantías" que la misma Constitución contiene.

Esas garantías son de "derecho procesal", al ser los instrumentos posibles de actuar ante el desconocimiento o la directa inobservancia.

Al respecto, sostiene Fix-Zamudio que dichas garantías "son instituciones adjetivas o procesales y no de carácter sustantivo, ya que están conformadas para señalar el procedimiento que debe seguir el órgano de control constitucional para reprimir las violaciones a la Ley Suprema, y reintegrar el orden fundamental infringido".[211]

Cuando afrontamos el sistema a las cartas magnas respectivas, debemos trazar diferencias de aplicación según modelen los mecanismos internos de salvaguarda. Es decir, la tendencia a establecer tribunales constitucionales permiten deducir con firmeza y acierto las facultades para ejercer una auténtica justicia fundamental que no significa "hacer" puro control de la supremacía, sino efectivo acuerdo con las garantías que se establecen en la protección de los derechos del hombre.

En cambio, otras cartas fundamentales se refieren a las "garantías" sin especificar otra cosa que derechos individuales o sociales (v. gr.: Argentina, Brasil, Chile y Uruguay, entre otros), debiendo entonces dirigirse el intérprete a la parte orgánica de la carta suprema para advertir las competencias fijadas a los órganos de equilibrio del poder, o bien, resumirlas de las "cláusulas implícitas" por

211 Fix-Zamudio, *op. cit.*, nota 104, p. 113. Ver asimismo: Castán Tobeñas, José, *Los derechos del hombre*, Madrid, Reus, 1976, pp. 128 y ss.

las que se consagran verdaderas garantías aun sin encontrarse literalmente establecidas.

En una y otra metodología observamos un fraccionamento en las "garantías". Algunas implementan herramientas directas de protección (v. gr.: amparo, *habeas corpus*, mandamientos de ejecución, *habeas data*, etcétera) y mecanismos indirectos para ello (control interno constitucional, como los conflictos entre poderes, privilegios parlamentarios y desafuero, juicio político, diplomación de legisladores, etcétera).

El sistema conserva la estructura que explica Cappelletti[212]

> La Defensa constitucional implica un concepto genérico de salvaguardia de las disposiciones fundamentales, que abarca no sólo el aspecto que podemos denominar patológico de la Constitución, sino también su carácter fisiológico, que comprende sistemas políticos, económicos, jurídicos y sociales destinados a la protección de las normas constitucionales. En tal virtud, dentro de ese género, debemos distinguir por un lado, la protección de la Ley Suprema, que se refiere a todos los métodos establecidos para preservar las normas fundamentales y mantener su vigencia, por lo que tiene un carácter eminentemente "preventivo" o "preservativo"; y por el otro, las "garantías", que constituyen los remedios jurídicos de índole procesal, destinados a reintegrar los preceptos constitucionales desconocidos, violados o inciertos, por lo que son de índole "restitutoria" o "reparadora".

De todos modos, conviene recordar que así como las "declaraciones" no agotan la serie de derechos fundamentales, tampoco las "garantías" se limitan a las establecidas ni excluyen la existencia de otros remedios procesales (v. gr., proceso ordinario, recursos extraordinarios, contencioso-administrativo, etcétera).

1) Clasificación de las garantías

Clasificar las garantías lleva, de algún modo, a ingresar en los contenidos del derecho procesal constitucional que ya hemos referido. No obstante, para ordenar y sistematizar el estudio debemos regresar a ese punto de encuentro para derivar de la Constitución dos tipos de actividades esenciales.

La primera refiere a un "aspecto sustantivo" que cubre las acciones que tienen como finalidad la defensa de la carta fundamental y la supremacía de sus disposiciones.

La otra, abarca los procesos que tutelan las *garantías individuales*.

Sin perjuicio de ellos, y con cierta discrepancia en la doctrina, se pueden incorporar los procedimientos que conciernen a la atribución de autoridad pública con sus competencias (v. gr.: conflictos interprovinciales; cuestiones de com-

212 Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, pp. 140-141.

petencia entre órganos constitucionales; controversias relativas al ejercicio del poder; procedimiento electoral, etcétera.)[213]

El primer grupo clasifica los sistemas que organizan el control de la constitucionalidad de las leyes sea a través de organismos especializados (Tribunales Constitucionales, o de Garantías), o bien por medio de la jurisdicción ordinaria. A ellos ya nos hemos referido.

En el grupo de la técnica adjetiva para la defensa de los derechos individuales se ubican instituciones como el amparo, el *habeas corpus*, el *habeas data*, la acción popular, los mandamientos de seguridad, de prohibición y de ejecución, los amparos por mora de la administración pública, etcétera.

En este cuadro de incumbencias, la interpretación funcional del concepto de "debido proceso legal" (*due process of law* del derecho anglosajón), ocupa un lugar muy especial.

También los remedios locales de cada país, y los internos de sus federaciones continúan la línea de instrumentos procesales (v. gr., recurso extraordinario de inconstitucionalidad de la República Argentina; el recurso de protección en Chile, etcétera).

2) Las garantías en particular

Los derechos individuales fueron reconocidos en la Declaración Francesa de 1789 y nomenclados en cuatro eslabones: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Las garantías estuvieron ausentes de reglamentación y, de hecho, esta situación se reitera en numerosos ordenamientos constitucionales de la actualidad.

La tendencia a "procesalizar" es novedosa y ha requerido de leyes fundamentales para su instrumentación.

De ellas surgen elementos imprescindibles para la tutela de los derechos básicos, y en esa noción liminar estriba el "debido proceso".

Siguiendo por aproximación las pautas señaladas, se conciben ejemplificativamente, y con carácter enunciativo, los siguientes derechos y garantías:

a) La libertad personal, identificada en el derecho a no ser privado de ella por cuestiones ajenas a las materialmente comprobables. La duración de la detención preventiva, como de la prisión provisional, no han de constituir una pena más gravosa que la que eventualmente correspondería al delito; debe informarse al encartado de sus derechos y de las razones por las que se lo incrimina; no está obligado a declarar contra sí mismo (autoincriminación); debe contar con asistencia jurídica en las diligencias procesales del trámite y en toda la etapa de su juzgamiento.

213 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 10, pp. 108-109.

b) La libertad personal frente a los abusos del poder a través de mecanismos que controlen el avasallamiento de las garantías.

c) El derecho a la intimidad personal y familiar; el resguardo de la seguridad que supone la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones privadas.

d) La libertad de culto o creencia sin restricciones arbitrarias.

e) La libertad de trasladarse en el suelo que habite, de permanecer y residir sin posibilidad de excepciones, salvo que provengan de la seguridad del Estado y ésta sea efectivamente controlada por la jurisdicción.

f) La libertad de expresarse y de estar informado. La prohibición de la censura previa, sólo reprimida por su abuso o desfiguración de la verdad. Imposibilidad del secuestro editorial.

g) La eliminación de la autorización previa para el derecho a reunirse y asociarse con fines lícitos. El derecho de manifestarse.

h) El requisito de validar las sentencias jurisdiccionales a través de una adecuada fundamentación. Finalidad inserta en el derecho a un proceso justo e igualitario como veremos en la sección siguiente.

i) El derecho a la propiedad y al trabajo personal que supone remuneración y vivienda digna.

j) El derecho de petición tal como lo formulamos en estos parágrafos.

Y en definitiva, todo el catálogo de derechos expresos e implícitos que consagran las cartas fundamentales y los estatutos provenientes de los tratados supranacionales que confirman que, cada uno de ellos, no es verdaderamente tal mientras no confirme la tutela que le ofrece la garantía efectiva de cumplimiento.

CAPÍTULO V

EL PROCESO EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

35. Concepto de proceso 157
36. El debido proceso legal 159
37. Los procesos constitucionales 172
38. Principales procesos constitucionales y sus características 178

CAPÍTULO V

EL PROCESO EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

35. *Concepto de proceso*

Hemos señalado que la jurisdicción es un rol que juega el Estado en los conflictos entre los hombres, con el poder-deber de resolverlos ejercitando en las causas una decisión justa.

Aparece así el proceso, verdadero artífice de la creación procesal y baluarte de su consagración científica. En su esencia y naturaleza jurídica tiene destacada importancia la secuencia de actos que culminan en el pronunciamiento, pues todos ellos constituyen instancias que armonizan pretensiones y resistencias de partes con la decisión final que resuelve el conflicto.

Ésta es la causa y razón del proceso: lograr que las disputas entre los hombres se solucionen con la intervención de un tercero imparcial que, representando el interés del Estado, participe de la creación de una norma individual que imponga justicia en la crisis afrontada.[214]

Sin embargo, objetivamente considerada toda la actividad que importa el proceso no impone reducir su concepto al mero y simple conflicto intersubjetivo, porque existen verdaderos tipos de esta naturaleza que activan procedimientos judiciales encaminados a constituir, modificar, transformar o extinguir relaciones jurídicas que, sin tener controversia alguna que las ocupe, necesitan de la competencia judicial para obtener su consagración en derecho.

En esta dinámica, el proceso varía para desarrollarse en actos dirigidos a obtener una sentencia que consolide el derecho presentado por la parte.

Es, entonces, correcto señalar al proceso como "unidad" intelectiva, como método diríamos, porque dentro de sus permisiones existen identidades y experiencias que se podrán mudar por la transformación social o con el paso del tiempo por su incidencia en los valores y derechos. Por tanto, lejos de ser un fenómeno de la actuación del derecho objetivo (como algunos conciben al proceso), en verdad la explicación proviene de las relaciones que se traban en su seno cumpliendo una finalidad superior en el esquema rígido del orden normati-

214 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 33, pp. 234 y ss.

vo: "el proceso estará dentro del ordenamiento jurídico previsto, acumulando la experiencia de todas y cada una de sus ramas, pero elevándose sobre ellas a modo de garantía; la única y verdadera garantía del Derecho en toda su dimensión".[215]

De esta manera, no encontraremos finalidades específicas y concretas donde lo puramente adjetivo resulta residual y subordinado a una tarea que se afirma en la noción fundamental de las garantías constitucionales.

Por eso, hemos señalado antes de ahora, que el derecho procesal moderno ha relegado su rol netamente instrumental, o servidor de las leyes sustantivas; donde, si bien no está postergada totalmente esta función, aparece comprometido con novedosos principios que propician la socialización del derecho, otorgando la posibilidad de una justicia funcional, eficaz y solidaria.[216]

Toda la polémica doctrinaria se resume en esta característica. La dualidad encontrada en las posturas referidas acerca de la finalidad del proceso coinciden en destacar que, más allá de los ideales puristas o escolásticos que tienden a conservar las reglas de convivencia social a partir de la función jurisdiccional, el proceso concita la participación del justiciable a quien se le debe respuesta y remedio al conflicto que contrae.

Confluyen así ambos principios de protección sean mediatos o inmediatos, según el ángulo de observación. Es decir, si el acento lo ponemos en la función pública institucional del proceso, el *prius* será la conservación del orden social aplicando el orden normativo. Si nos centramos en la perspectiva del litigante, lo esencial será la tutela de sus derechos.

En uno y otro caso, el proceso tiene una función autónoma que obtiene desde el derecho constitucional para convertirse en una garantía de ambos objetivos o finalidades.

Tanto el Estado podrá entronizar los ideales puestos en la legislación común, aplicando y haciendo observar sus postulados, castigando sus desvíos o inaplicaciones; como también consigue el individuo una norma particular (sentencia) que está reservada para su exclusivo conflicto y que le permite tener una solución propia con iguales medios y posibilidades que el Estado tuvo para su cometido institucional.

El proceso cumple una función de servicio con principios y presupuestos que lo convalidan; pero no puede instalarse en terrenos anegadizos, porque precisamente su vida se desarrolla en la transformación social y, a ella, debe adecuarse para dar justicia y equidad.

Su autonomía está acotada a la función que cumple: es garantía fundamental y así debe preservarse en cada tiempo y lugar. Pero esta función es de asistencia

215 *Ibidem*, p. 236.

216 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 10, p. 20.

hacia el hombre, de tal modo que está presente en sus diseños la flexibilidad propia de la condición humana.

36. *El debido proceso legal*

La acción procesal (de derecho procesal constitucional) amplía su espectro de incumbencias como vimos recientemente al exigirse que garantice no solamente el derecho de petición y la garantía de audiencia, sino también, el "derecho al proceso".

Este procedimiento sustanciador no ha de ser un trámite cualquiera pues debe arreglarse con el principio de legalidad y con el de la debida fundamentación de la sentencia, sea o no favorable a las pretensiones deducidas.

La noción permite utilizar el condicionamiento de "debido" o, en otros términos, la promesa que tiene el justiciable de recibir de la jurisdicción el tratamiento adecuado a sus reclamaciones sociales.

El precepto nos llega reflejado en el *due process of law* del derecho anglosajón, y se utiliza como herramienta flexible para alcanzar la justicia en el proceso.

Está acuñado en una idea fuerza que arranca en la mitad del siglo XIX cuando se establecen verdaderos *bill of rights* que servían de frenos a la discrecionalidad legislativa, y avanza cubriendo espacios de control hacia los demás poderes.

Una primera manifestación de este progreso se advierte cuando el concepto de "debido proceso" abandona su apego hacia las costumbres y formas procesales típicas del *common law* (especialmente las del proceso penal), para bosquejar principios de seguridad y justicia concreta del caso.

Comienza así a interpretarse como "derecho de defensa", de manera que ningún litigante pierda la posibilidad de estar asisitido en derecho (principio de bilateralidad) y de alegar (principio de contradicción). Son mínimos que la justicia debe respaldar.

En materia criminal, el *due process of law* se aloja, en principio, en dos bastiones garantistas: el derecho al defensor y el derecho a no autoincriminarse.[217]

En la evolución tuvo gran importancia la teoría del liberalismo económico, porque a partir de la interpretación de aspectos económicos que el poder estatal infligía a sus ciudadanos, se otorgaba protección a las libertades, especialmente de propiedad y trabajo, dando preeminencia a valores sustanciales sobre temas de contenido formal o procesal.

217 Vigoriti, Vincenzo, *Garanzie costituzionali del processo civile (due process of law e art. 24 Cost.)*, Milano, Giuffré, 1973, en especial pp. 8-47.

El Superior Tribunal Federal de Estados Unidos, por ejemplo, en los casos "Lochner *vs.* New York" de 1905 perfila esta idea de control de las reglamentaciones económicas.

La jurisprudencia, por entonces, sostuvo que la garantía del debido proceso legal significaba el pleno ejercicio del derecho a la libertad, y del derecho de propiedad contra cualquier acto de imperio limitativo. No era, pues, sólo una garantía para una correcta determinación de los derechos procesales que apliquen otros derechos reconocidos en el aspecto sustancial; se trataba de afianzar los derechos materiales (en una exégesis *lata* de la libertad y propiedad) que no podían limitarse de manera arbitraria o irrazonable.[218]

Tiene un doble aspecto: el que figura dando posibilidad de tramitación y desarrollo a un pretendiente que reclama; y respecto a quien se enfrenta y opone para otorgarle el derecho de defenderse (garantía de audiencia), destacando, en consecuencia, el carácter bilateral de su representación.

En España, por ejemplo, la Constitución de 1978 dividió claramente esta secuencia. El artículo 24 establece, en un primer párrafo, el derecho de acceso a los tribunales (derecho a la tutela judicial efectiva); y en el segundo, las garantías procesales, propiamente dichas, entre las que se encuentra la noción del juez natural y la presunción de inocencia.

De todos modos, la idea de "proceso debido" o "proceso justo"[219] es un complejo entramado de recaudos y señalamientos que orquestan el devenir de un procedimiento que debe cumplirse sin rituales estériles ni fórmulas que satisfacen únicamente el interés del orden procesal.

Ese derecho, observado en su doble preocupación, genera las siguientes manifestaciones:

1) Derechos y garantías del "actor"

a) Se afirma que el debido proceso, desde el punto de vista del accionante, es un derecho de prestación que tiene configuración legal, puesto que exige de los poderes públicos la dotación de la administración de justicia, de medios materiales y personales suficientes, a fin de que la tutela judicial pueda hacerse efectiva en cualquier tipo de procesos.[220]

218 *Cfr.*, Vigoriti, Vincenzo, *op. cit.*, nota 216, p. 48.

219 Así prefiere llamarlo en Argentina el maestro Morello. Confrontar algunos de sus trabajos v. gr.: *op. cit.*, nota 124, pp. 50-58. "El proceso como realidad social (Los condicionamientos del proceso judicial justo)", *La Ley*, diario del 11-12-92; "El proceso justo", *La Ley*, 1990-C, pp. 808 y ss.; "El debido proceso legal adjetivo. Reformulaciones y modernas tendencias", *Doctrina Judicial*, tomo 1991-I, pp. 1 y ss.

220 Torres del Moral, Antonio , *op. cit.*, nota 203, p. 383, con citas del Tribunal Constitucional español.

Por tanto, el acceso a la justicia es un presupuesto y, al mismo tiempo, una garantía constitucional. Ella conecta con los derechos consecuentes, pero si no progresa se inutiliza cualquier marco proteccionista que persiga establecer.

Si el actor tiene negada el ingreso a la jurisdicción, deben señalarse razonadamente sus causas; de otro modo, es un deber compartido por el legislador (a través de las normas necesarias para dar operatividad a la garantía); por el juez (como una proyección de su poder-deber jurisdiccional) y por el mismo interesado (ejercicio responsable de la acción), dar oportunidad a que el debido proceso pueda cumplirse adecuadamente.

b) Entre estos compromisos, hemos señalado ya los que corresponden al derecho a la jurisdicción, los cuales pueden resumirse en: 1) derecho al juez predeterminado con anterioridad a la causa (garantía del juez natural); 2) que el juez asuma su competencia sin desbordes paralizantes (excusamientos incausados); 3) que den curso a la instancia judicial a través de la asignación del trámite pertinente; 4) que satisfaga con prudencia el control de legitimación *ad causam* y *ad processum*: 5) que en su oportunidad, valore a conciencia y razón las pruebas cumplidas en la litis; 6) finalmente, que produzca una sentencia fundada en derecho y con adecuada constatación de las circunstancias efectivamente comprobadas.

c) Quizá sea propicio introducir en esta parcela otras derivaciones que, si bien no están directamente emparentadas, aparecen en el firmamento de las garantías como anticipadas al momento preciso de la instauración del reclamo.

Llegan a ocupar este espacio: 1) la prevalencia del carácter bilateral del proceso con el fin de evitar toda actuación esquiva con el principio de igualdad de consideración y tratamiento; 2) la eficacia del servicio judicial, esto es, la prestación atenta de los roles destinados a cumplirse, sin atascarse en cuestiones baladíes, meramente rituales; 3) la colaboración y ayuda legal del abogado, que se representa en la asistencia letrada idónea y en el beneficio de igualdad que merece la condición de "pobre", a efectos de que el costo material de la justicia no se convierta en causa de la misma privación; 4) sobrellevar las complejidades del proceso constitucional en una dimensión diferente a la justicia heterocompositiva que, en suma, consiga hacer valer los desplazamientos que la urgencia de los tiempos y, esencialmente pedidos por el derecho procesal constitucional. Es decir, movilizar los intereses de lo simple a lo complejo; de lo nacional a lo transnacional y de lo individual a lo social.[221]

d) Va de suyo que la imparcialidad del juzgador está reconocida como una garantía preexistente. No obstante, se agrega a lo establecido en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos la obligación de interpretar

221 Barbosa Moreira, José Carlos, *Tendencias contemporáneas do direito processual civil*, San Pablo, Saraiva, 1984, pp. 23 y ss.

todas las normas relativas a derechos fundamentales, toda vez que de acuerdo con las leyes orgánicas de cada Poder Judicial, es posible confrontar que algunos tribunales pueden acumular competencias funcionales (instrucción y juzgamiento criminal, por ejemplo), en cuyo caso, puede ello tener relevancia para determinar si fue respetado o no la garantía de imparcialidad.

De todas maneras, el derecho al juez predeterminado debe analizarse en la órbita de los derechos afectados, de tal forma que prevalecen las configuraciones procesales acerca de la entidad y trascendencia del vicio.

Dice, a modo de conclusión, el Tribunal Constitucional de España que

> el derecho al juez predeterminado por la ley requiere que el órgano judicial llamado a conocer del proceso haya sido creado previamente por la norma, que esté investido de jurisdicción y competencia antes del hecho que motive su actuación, y finalmente, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional.[222]

Desde otro punto de vista, las facultades jurisdiccionales para denegar *in límine* pretensiones que aparezcan abusivas, temerarias o de mala fe, o bien signifiquen distorsionar el sistema judicial a través de demandas inconducentes o con finalidades solapadas, no importa denegar el derecho de acceso, sino respaldarlo a través del pronunciamiento denegatorio fundado y debidamente proporcional con la carga de diligencia que corresponde imponer a los justiciables.

2) Derechos y garantías del "demandado"

Debemos referirnos aquí a dos aspectos de una misma cuestión. Sea porque los derechos en debate resulten ser de naturaleza privada (caso de los procesos ordinarios civiles) o bien, porque atienden un interés público comprometido (enjuiciamiento criminal); cada uno de ellos eleva sus garantías en direcciones puntuales.

a) En relación con la primera de las posibilidades, se debe asegurar el emplazamiento o la notificación en la persona que resulta demandada. La citación correcta no es un purismo procesal, sino la verdadera garantía de acceso, porque a partir de ella es posible la efectividad de la defensa.

El acto formal de comunicación tiene tanta envergadura que su deficiencia provoca la nulidad de todas las actuaciones a partir del vicio, razón por la cual es de tanta importancia que llegue a conocimiento directo del interesado.

222 STC, 47/1983 del 31 de mayo, y 23/1986 del 14 de febrero; *cfr.*, 148/1987 del 28 de septiembre; en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1978, p. 1364.

A su vez, el debido emplazamiento aligera la "carga burocrática" y los tiempos del proceso, logrando un desarrollo más rápido cuanto menor sea el tiempo dispuesto para la notificación o las notificaciones.

Esta faceta del derecho a la tutela jurisdiccional se encamina a promover la garantía de defensa y asistencia jurídica, tanto como la adecuada contradicción, lo que obliga a los jueces y tribunales a citar a quienes pueden comparecer como demandados. Dicha obligación debe ponderarse en función de la menor o mayor dificultad que el órgano encuentre para la identificación o localización de los titulares de los derechos e intereses en juego, pues no puede imponérsele a la jurisdicción la obligación de llevar a cabo largas y complejas indagaciones que son ajenas a su función. Por eso, si el demandado no resulta absolutamente identificable a los efectos de su notificación, el órgano judicial no violenta el derecho de tutela cuando deniega librar la comunicación a quien no resulta conocido adecuadamente.[223]

b) Por su parte, en la dimensión de los procedimientos penales, el fichado goza de derechos previos como son: la presunción de inocencia, el ser informado de la acusación, la obligación de dotarlo de asistencia jurídica, y la prohibición de obtener confesiones que lo autoincriminen.

En este sentido, el derecho a ser considerado inocente hasta que se verifiquen los extremos de la denuncia debe situarse en el marco de los hechos respecto de los cuales pueden producirse consecuencias en el orden punitivo. Por eso, sólo la prueba obtenida por medios legítimos y a través de la gestión de quienes están encargados de lograrla validan el procedimiento.

No se trata, como tantas veces lo ha indicado la jurisprudencia constitucional, de que se proceda a revisar la valoración de la prueba hecha por los jueces, sino de verificar si esa prueba ha existido o se ha practicado con las debidas garantías procesales y si a partir de ellas puede llegarse al cargo. En el caso concreto de la presunción de inocencia, es importante esta verificación a efectos de esclarecer si es verdaderamente tal y no una simple conjetura, una mera sospecha o bien únicamente datos equívocos de los que sólo se desprenden apariencias.

c) Asimismo el derecho a la defensa y a la asistencia legal tiene particularidades muy trascendentes, como el "derecho al abogado".

La asistencia letrada, esencial en el proceso penal y los demás ordenamientos rituales, es de vital importancia para equilibrar la lucha de fuerzas y, sobre todo, para realizar efectivamente el principio de contradicción. El órgano judicial, a su vez, debe evitar los conflictos sustanciados en desequilibrio, lo cual puede traducirse en insuficiencia económica para afrontar en igualdad de armas el curso del proceso.

223 *Cfr.*, STC, 99/1985.

La defensa del derecho y el patrocinio generado ha de ser "idóneo" lo que supone actuar con solvencia y responsabilidad. Claro está que para cumplir con las exigencias básicas del contenido preceptuado no es suficiente la actuación profesional, sino que ella haya tenido efectiva y sustancial intervención en el equilibrio que significa enfrentar a las partes con desconocimiento del derecho aplicable.

En Argentina, La Corte Suprema llegó a anular condenas cuando la defensa era insuficiente, diciendo, entre otras cosas que

> Ante la manifestación del Defensor oficial de no poder contar con el tiempo necesario para fundar los agravios del imputado en el recurso de casación, el tribunal tiene el deber ineludible de darle la posibilidad real para ello, y en su caso, de ser necesario, reemplazar la defensa hacia otro Defensor. La omisión en recabar estos extremos constituye una violación al derecho de defensa en juicio que le corresponde al acusado, dado que ha tenido como consecuencia que el letrado designado no haya dicho una sola palabra en su defensa en el ordenamiento recusivo local.[224]

Con idéntico alcance se agrega que

> al escrito confeccionado en la cárcel y sin asistencia legal a través del cual el imputado interpone un recurso extraordinario, debe otorgársele solamente el sentido de una manifestación de voluntad de ser asistido adecuadamente para interponer los recursos de ley, por lo que corresponde declarar la nulidad de la providencia de la Cámara de apelaciones que rechaza in limine dicho recurso por carecer de la firma de letrado, no bastarse a sí mismo, no acompañarse copias y no tratarse de sentencia definitiva y deben devolverse las actuaciones para que la alzada resuelva respecto de la procedencia del recurso interpuesto, posteriormente, por el Defensor Oficial.[225]

El informalismo que pervive en estas declaraciones soporta con serios fundamentos la garantía de defensa, pero ello no debe significar que en todas las ocasiones sea un medio o salvoconducto para ingresar en etapas superadas del procedimiento.

d) En otro orden, el derecho al abogado se concede cuando emerge de situaciones de pobreza.

La cobertura letrada gratuita, en su naturaleza de derecho subjetivo, tiene por objeto asegurar a quien carece de medios económicos para la defensa procesal, y en su aspecto de garantía de los intereses de la justicia, satisfacer el fin común de todo proceso desenvuelto en forma equilibrada y justa que permita alcanzar una sentencia ajustada a derecho.

224 Corte Suprema de la Nación Argentina, *in re*: Gordillo, Raúl H. del 29 de septiembre de 1987.
225 Corte Suprema de la Nación Argentina, fallo del 10 de marzo de 1987.

La sustitución del derecho a la protección jurídica sin gastos por la autodefensa sólo vulnera los mandamientos fundamentales cuando el índole de los argumentos vertidos no sea cabal ejercicio de motivos jurídicos sustanciales para la defensa; conduciendo entonces de regreso al momento donde se produce la indefensión para armonizar la lucha igualitaria de intereses.

Sin embargo, la ausencia letrada no vulnera los derechos ventilados en juicio cuando sólo se aprecie un perjuicio irrelevante de los intereses del afectado. En otros términos el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos sostuvo que la ausencia de abogado sólo se valora como lesiva del derecho constitucional cuando la defensa ejercitada en concreto se revela determinante de la indefensión.[226]

La pobreza es un tema que la justicia no puede soslayar; es más, es imperioso que el tema se ponga en el centro de sus aspiraciones. Las realidades y vivencias del proceso iberoamericano dan cuenta de las múltiples coincidencias y encuentros entre los sistemas procesales. En ellos, se reúnen los mismos ideales y las mismas desinteligencias con el mundo que afrontan. Es duro, en verdad, comprobar que existe una gran dicotomía entre las aspiraciones de ser justos y "parecer justos", porque el acceso se permite, es cierto, pero la cabal defensa de los derechos dista de ser efectiva.

El compromiso de los abogados desde este vértice —sostiene Morello—

> No puede ser otro que bregar, con osadía y tenacidad, a fin de esclarecer qué metas son las que exige el proceso judicial, la Constitución y la Democracia. Sólo se podrán alcanzar si se hace realidad su bisagra condicionante, la igualación, esa red de posibilidades ciertas para ejercer efectivamente la defensa en juicio. Y ello requiere eliminar, en el tiempo más corto, las trabas de las desigualdades, que son propias de la operación del mercado de la adjudicación de bienes entre los miembros de la sociedad... [de otro modo se hará carne] "por la cada vez más ancha brecha de la pobreza..." [el licuamiento en América...] del noble e inspirado axioma constitucional que, imperativa y subordinadamente consagra la obligación de afianzar la justicia.[227]

La tendencia a consagrar servicios sociales de carácter jurídico prosigue una línea que amplía la defensa del carente de recursos hacia quien no puede afrontar el costo del litigio.

> Este sistema de seguridad social jurídica tiene su equivalente en los colegios u oficinas públicas de abogados establecidos en los ordenamientos socialistas de acuerdo con el modelo de la ex-Unión Soviética, que se traducen en procedi-

226 Sentencia 47/1987, y casos Airey del 9 de octubre de 1979, y Pakelli del 25 de abril del mismo año.

227 Morello, Augusto Mario, "Justicia y Pobreza (realidades, mitos y ficciones en el Estado de Derecho)", *El Derecho*, Argentina, 23 de noviembre de 1992.

mientos de asesoramiento jurídico, tanto de consulta como de auxilio procesal, que se prestan ya sea de manera gratuita o a través de una remuneración reducida a las personas que carecen de recursos suficientes para cubrir las costas y los honorarios normales.[228]

3) Las garantías del proceso

Los reaseguros con que cuentan las partes en el proceso se ratifican en otros requisitos de validez intrínseca que pertenecen a las "garantías" que, "de cara al pueblo", debe mostrar todo procedimiento jurisdiccional.

a) El "principio de publicidad" es, precisamente, uno de los elementos indispensables para la eficacia y seguridad de los justiciables.

Por este principio se persigue que cualquiera pueda tener libre acceso al desarrollo del litigio, haciendo las veces de control de la responsabilidad profesional de jueces y abogados.

Calamandrei contrapone los principios de "publicidad" y "secreto" en dos sentidos, según se refieran a los sujetos del proceso o al público interesado.

> En lo que se refiere a terceros —agrega— esto es, al 'público'de las personas extrañas al proceso, pueden concebirse abstractamente dos sistemas: el del secreto, según el cual las actividades procesales deben llevarse a cabo en el secreto de la oficina sin que los terceros puedan tener conocimiento de ella; y el de la publicidad, según el cual, por el contrario, tales actividades deben desarrollarse bajo el control del público.[229]

De hecho, ambos sistemas cohabitan el proceso civil, y en muchas oportunidades se advierte que, el exceso de publicidad, *mutatis mutandis*, agrede el decoro y la majestad de la justicia.

De todas formas no desalentamos la manifestación pública de los actos del proceso, por cuanto a través de esa publicidad se reflejan los actos de un poder del Estado, transformando el silogismo que para el ciudadano común tienen las fórmulas procesales, resolviendo con simpleza el sentido profundo de la aplicación del derecho.

De suyo, a través de este mecanismo de exteriorización y acceso sin restricciones se corporiza el sentido de "responsabilidad social de los jueces"; es decir, la responsabilidad no ya enfocada en función del prestigio e independencia del Poder Judicial, ni del poder de un ente abstracto como es el Estado, ni de

228 Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 87, p. 481. *Cfr.*, Berizonce, Roberto Omar, *Efectivo acceso a la justicia*, Buenos Aires, Platense, 1987, passim; Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas Procesales*, Buenos Aires, Ediar, 1990, pp. 17 y ss.

229 Calamandrei, Piero, *op. cit.*, nota 191, p. 331. *Cfr.*, Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 33, pp. 346 y ss.

algo que se personifique en gobernantes, grupos o individuos determinados. "Ella debe ser entendida en función de los usuarios del servicio de justicia, de ahí que combina la imparcialidad y la objetividad de los jueces con un adecuado porcentaje de responsabilidad social, requerido tanto a la sociedad como a quienes forman parte de ella y que son los auténticos destinatarios de dicho servicio".[230]

b) El principio de "igualdad ante la ley" se incorpora al proceso para salvaguardar el equilibrio de "armas", es decir, la concreta posibilidad para que ambas partes cuenten con idénticas oportunidades para demostrar sus afirmaciones.

La frase "igualdad de armas" sostiene una categoría filosófica asentada en la justicia conmutativa que difiere de la "igualdad de circunstancias" porque en ésta es probable observar que las realidades del procedimiento difieren del apotegma abstracto constitucional que reza la "igualdad ante la ley".

La pobreza social o cultural son fisuras evidentes de ese plano equidistante que se postula, y a ella nos hemos referido.

También en la igualdad suele hablarse de la "similitud en la fila",[231] donde el resultado que se logra sirve a la vez de modelo para otras conductas o situaciones que se aproximan por su similar fisonomía.

La obligación del magistrado en toda la secuencia del trámite será conservar la igualdad entre las partes, evitando que alguna de ellas pueda caer en indefensión por su causa.

c) La "duración adecuada del proceso", evitando dilaciones innecesarias, soporta un nuevo principio de validación.

En efecto, todo proceso debe cumplirse en un tiempo razonable; lo contrario equivale a denegar el servicio jurisdiccional, o al menos, a tornarlo inútil para la esperanza de justicia que el interesado oportunamente depositó en ella.

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido quizá quien con mejor detalle abordó esta problemática. De algunos fallos y *leading case* de la materia se resuelve que el carácter razonable debe ponderarse a la luz de otras circunstancias, tales como a) la complejidad del asunto, b) el comportamiento procesal de las partes, c) el exceso de trabajo que posiblemente tuviera el órgano jurisdiccional, d) la carga burocrática de los magistrados encargados de resolver el problema y e) las consecuencias que la demora ocasiona a los litigantes.[232]

La justicia transnacional, a través de distintos instrumentos, recibe y consagra este postulado. Por ejemplo, el artículo 6 inciso 1o. del Convenio de Roma establece:

230 Cappelletti, Mauro, *La responsabilidad de los jueces*, Argentina, Platense, 1987, p. 99.

231 *Cfr.*, Botticher, Eduard, "La igualdad ante el juez", *Revista de Derecho Procesal*, Argentina, Ediar, t. 1951-I, p. 129.

232 *Cfr.*, Sentencias del 6 de mayo de 1981 (caso Buchloz); 13 de julio de 1983 (caso Zimmermann y Steiner); y la jurisprudencia que se desprende de los casos "König", "Guzzardi", "Foti", "Corigliano" y "Neumeister", entre muchos más.

> 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...

En el mismo sentido, el artículo 8 inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone:

> 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones del orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...

d) El derecho "a la prueba"[233] vivifica una posición garantista donde la posibilidad para demostrar no quede vulnerada en consabidos repliegues de la dogmática, ni deje de enfrentar los infortunios de la contingencia.

El derecho moderno, en trance de avanzar en un mundo de continuo reciclaje, advierte la desafortunada posición de permanecer estancados en ciertas consideraciones. El litigante de hoy afronta una circunstancia y expectativa muy distinta a la de apenas medio siglo atrás; el conflicto se da en el mismo convivir, donde los valores de la teoría pierden su eficacia si no demuestran su capacidad interactuante para armonizar la técnica con su rol funcional.

Así opinaba Couture dando a la prueba el valor de una garantía admitida y tutelada para "vencer probando",[234] y "que una ley que haga imposible la prueba es tan inconstitucional como la ley que haga imposible la defensa".

La otra faceta de esa necesidad reside en asignar a las reglas y principios de la demostración una expresión cabal y absoluta que signifique la posibilidad de adecuar los medios a las finalidades de la jurisdicción. Es decir, si la prueba se ve como un proceso de verificación de afirmaciones sin dar otro cauce que la misma voluntad de las partes que peticiona, es posible que el acierto logrado en los hechos personifique un absurdo, porque el juez será un ausente en la aclaración. En cambio, si acertamos en el modo de componer la *litis* y en la calidad (cierta y adecuada) del *opus decisorio*, prevalece el sentido de un servicio de justicia eficaz y concreto.

Ocurre que el proceso actual se ve cruzado por evidencias que lo ponen en crisis.

En ocasiones, los desajustes son causa de su propia estructura, de por sí vetusta, desactualizada, rígida y de espaldas a la realidad; en otras de la compleji-

233 Reproducimos aquí lo dicho en Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 33, pp. 573-577.

234 Couture, Eduardo J., *op. cit.*, nota 137, p. 64.

dad sobreviniente en las relaciones jurídicas, civiles, comerciales; el papel del Estado y sus desprendimientos, etcétera, generan un menoscabo en la técnica de la prueba al poner en claro las dificultades que tiene un juez cualquiera no sólo para solucionar el conflicto, sino para investigar la verdad con los medios con que cuenta.

Esta constatación de la desventura ha llevado a encontrar en la sociología del derecho un esquema de novedosos contornos, pero de difícil captación.

Se piensa que ya no es objetivo de la justicia esclarecer ni verificar, ni alcanzar la llamada "verdad jurídica objetiva"; el deber jurisdiccional es, ahora, la paz social. Antes, ello era una finalidad mediata, consecuencial; ahora, es el producto necesario de la pacificación social, no importa la esencia representativa del órgano jurisdiccional, sino la advertencia de que, al ser el proceso un método para resolver conflictos o disputas, la función de los tribunales y/o Cortes no es otra que ayudar a las partes a lograrlo.[235]

Otra visión que proviene del derecho italiano destaca como mito la búsqueda de certidumbre, habida cuenta de que el proceso se forma con la voluntad que las partes declaran.

Al difuminarse como objeto de la prueba "la verdad de los hechos", quedaría sin finalidad teleológica el rol asignado a los jueces, quienes pasarían a desempeñar el simple papel de administradores de la cordura, acercando fórmulas de composición o arreglo. Asimismo, si la sentencia fuese solamente un "acierto" del juez, la jurisdicción misma importaría un juego, una lotería de la precisión.

Nosotros pensamos que el posicionamiento actual y prospectivo para la prueba requiere algunos principios consustanciales que, ubicados en su rumbo, trazarán las directrices para una reforma procesal de los códigos que se torna urgente e imperiosa.

Resulta basilar reacomodar la noción de medios de prueba, admitiendo la apertura que sostiene el notable avance de la ciencia. Modificar rigideces del rito, tales como la incorporación de la prueba documental; el tenor del interrogatorio; la utilidad dudosa de la absolución de posiciones; etcétera. No puede quedar desinteresado el activismo de los jueces quienes, como bien dice Barbosa Moreira, no investigan por el litigante ni para el litigante, sino por sí mismo y para el proceso, sin que cambie esta deducción la circunstancia de que el resultado de su obrar pueda ocasionar un beneficio a la parte más veraz.[236]

La conducta de las partes debe constituirse en indicio; como también trasciende en importancia el saber científico o técnico que el magistrado ostenta

235 Taruffo, Michele, "El diritto alla prova nell processo civile", *Rivista de Diritto Processuale*, segunda serie, 1984, p. 240, nota 7, citado por Morello, Augusto Mario, *La prueba. Tendencias modernas*, Buenos Aires, Platense-Abeledo Perrot, p. 47.

236 Barbosa Moreira, José Carlos, "La igualdad de las partes en el proceso civil", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 2, Montevideo, 1983, p. 121.

para compensar la creciente complejidad del litigio. Asimismo, el análisis riguroso de la prueba a partir de la sana crítica configura un esquema de modificaciones que tiñen con nueva coloración el derecho fundamental a la prueba.

En suma, el criterio tomado acerca de qué es la prueba y cuáles son sus fundamentos y objeto no priva observar otro rostro, una expresión diferente. La prueba es para el proceso y determina una garantía que resguarda la debida orquestación de la litis.

e) El principio de la debida fundamentación de las sentencias es otro de los baluartes que caracteriza al "debido proceso".

La motivación razonable de los pronunciamientos judiciales hace a la pauta de validez de las sentencias y soporta la garantía que venimos desarrollando. Jurisprudencialmente se diseña esta regla indicando que constituye requisito indiscutible para la vigencia de los fallos judiciales que ellos sean fundados y apliquen correctamente el derecho a las circunstancias efectivamente comprobadas de la causa.

Resulta así imprescindible que todo pronunciamiento explicite las razones que representan la motivación que guía a cierta orientación. Es menester precisar ese desarrollo mental, suministrando en los considerandos las pautas de pruebas que se consideran verificadas y la subsunción afectuada en el orden normativo.

Además, una suficiente explicación facilita el grado de persuasión que la sentencia conlleva como medio de indicar la justicia en el caso concreto; tanto como para que las partes conozcan las razones por las que se admite o rechaza una pretensión, dando posibilidad consecuente para la crítica puntual.

Al mismo tiempo, la fundamentación sirve para el control efectivo de los actos; haciendo pública la opinión vertida, en el sentido de que el fallo deja de ser "cosa de partes" para transferirse a la consideración pública.

La sentencia, para completar el bosquejo pincipista que se alecciona, debe contar con fuerza suficiente para cumplirse y ejecutarse si no fuesen aceptados sus mandatos.

Al respecto, el Tribunal Constitucional de España, interpretando el artículo 24 de su norma fundamental, ha indicado que

> Corresponde al órgano judicial competente, en su caso, a petición de los interesados cuando proceda según las leyes, deducir las exigencias que impone la ejecución de la sentencia en sus propios términos, interpretando en caso de duda cuáles sean éstos, y actuar en consecuencia, sin que sea función del Tribunal Constitucional sustituir a la autoridad judicial en este cometido. Ello, no obstante, si un Juez o Tribunal se aparta, sin causa justificada, de lo previsto en el fallo que debe ejecutarse o se abstiene de adoptar las medidas necesarias para su ejecución, cuando le sea legalmente exigible, estaría vulnerando el artículo 24.1 de la Constitución, supuesto en el que corresponde al T.C., en el ámbito del recurso de amparo, el reconocimiento y restablecimiento del derecho constitucional infringido.

f) El derecho a un proceso "con todas las garantías" parece ser el resultado final del "debido proceso". La fórmula se encuentra prescripta por la Constitución Española en el artículo 24 que ya tuvimos ocasión de especificar; aun así, conviene adicionar la importancia que tiene la noción en torno a los elementos condicionantes que lo abordan.

Es verdad que no habrá soluciones ni justicia mientras el espíritu de eficacia no prenda en "todos" los partícipes del encuentro procesal. Las partes, los abogados y jueces "deben" colaborar en la persecución de finalidades útiles, abandonando, si fuera necesario, las rutinas que acostumbran afincar las fórmulas simplistas.

Es muy gráfica la expresión que señala que, si el proceso se mantiene como hasta hoy, el mentado acceso a la justicia quedará identificado con la misma política de puertas abiertas que tiene el *Hotel Ritz* que, siendo para "todos", sólo muy pocos tienen acceso.

Existen realidades y contingencias del diario compartir que señalan los obstáculos sociológicos a la composición razonable del proceso justo. Cuestiones políticas, sociales y económicas inciden en la misma dimensión que Couture señalara hace ya varios años,[237] y no existen repliegues efectivos que puedan señalarse oportunos.

Si definitivamente es el proceso una respuesta a las necesidades del hombre; teniendo por cierto que, justamente, de la confianza que aquéllos depositaron en los jueces nace el derecho a la jurisdicción, y en consecuencia, todo proceso desenvuelve una realidad propia y, *lato sensu*, un problema general o generacional, aún así el proceso sigue atrapado como un conflicto entre partes.

Ningún régimen procesal debe servir de excusa para amurallar los contenidos de su ciencia. Menos aún las constituciones han de tolerar semejantes desatinos.

Los derechos humanos, que llegan a dar fundamentalidad a las garantías prometidas, tampoco pueden "acobardarse" ante las políticas o avatares de conyunturas o estructuras particulares.

El "debido proceso" juega su suerte para el destino mismo de la justicia como finalidad social.

Es muy importante advertir esta situación, porque olvidarla significa dejar hueca de contenido a las preocupaciones reales de la gente. Si fueron ellos quienes confiaron en otros hombres para que la justicia permitiera la socialización y la convivencia en paz; no se puede abandonarlos a la suerte de un proceso que se torna cada día más un juego de aciertos y desaciertos. La eficacia y la seguridad están comprometidas con el destino de las instituciones.

237 *Cfr.*, Morello, Augusto Mario, "Couture y el moderno derecho procesal constitucional", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 1, Montevideo, 1987, pp. 9-14.

"En toda nuestra América las falencias son semejantes. No cabe esperar que las cosas se resuelvan por sí solas. Sin un audaz cambio de mentalidad la empresa no parece viable".[238]

37. *Los procesos constitucionales*

Se denominan procesos constitucionales las distintas formas adjetivas destinadas a respaldar las garantías fundamentales y demás derechos del hombre, dándoles un cauce adecuado y posiblemente efectivo para la tutela, protección y fomento de ellos.

Recordemos que todo tipo de procedimiento puede signarse de "constitucional" cuando la materia específica que aborde consista en establecer la supremacía de los derechos fundamentales, o bien, desde otra perspectiva, cuando el tribunal competente esté destinado a resolver los problemas de garantías y derechos constitucionales (v. gr., Tribunales Constitucionales).

La distancia trazada es oportuna porque permite diferenciar, a partir del objeto, la tutela diferenciada que esos derechos merecen.

Las dificultades que aparecen consisten en establecer, en primer término, si se trata o no de un proceso jurisdiccional, y luego si un trámite de estas características es o no un proceso especial, e inclusive, si al mismo se le pueden extender los principios estructurales y adjetivos de los procedimientos comunes (v. gr., plazos, términos, caducidades, etcétera).

1) Jurisdiccionalidad del proceso constitucional

Reiteramos una advertencia anterior, no merecen idéntico tratamiento todos los procesos constitucionales porque su estructura difiere de acuerdo con el sistema donde estén inmersos; también es diferente la naturaleza del control constitucional en aquellos que reconozcan un sistema "difuso" de los que son órganos "políticos" o de "jurisdicción concentrada". Por tanto, es menester apuntar particularidades de cada uno con el fin de no confundirlos en una interpretación unívoca.

a) En la jurisdicción difusa, esto es, cuando "todos" los jueces tienen posibilidad de ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes y la tutela de los derechos y garantías fundamentales, el problema debe centrarse en el material que desenvuelven los órganos jurisdiccionales y, en su caso, observar si existe posible "jurisdicción administrativa" o "legislativa" ante esos desmembramientos del poder estatal que cumplen actividades similares.

238 Morello, Augusto Mario, *op. cit.*, nota 218, cap. V., *passim*.

Al distinguir funciones jurisdiccionales según el poder que las localiza no pretendemos instalar allí, únicamente, las líneas y contornos que perfilan específicamente la cuestión analizada.

Es evidente que el criterio orgánico no explica los actos presuntamente jurisdiccionales del legislador, ni los que con mayor frecuencia vierte la administración. Es obvio, también, que por este sendero no ingresamos en la tipicidad del acto jurisdiccional, y bien cierto es que la facilidad obtenida liminarmente como pauta (esto es, considerar jurisdiccionales sólo los actos de decisión del Poder Judicial) se dificulta cuando se trata de precisar la "función jurisdiccional".

Hemos entendido que al ser la jurisdicción un poder-deber ha de relegarse la posición más difundida de "función pública", pero ello no supone desplazar el contenido de interés público que la noción importa.[239]

Las diferencias que existen con las funciones legislativas y con las administrativas, que no es hora de reiterar, son de suficiente elocuencia para demostrar las razones por las cuales sólo los jueces ejercen auténtica jurisdicción.

La clasificación de esas funciones clásicamente se divide en actividades "contenciosas" y "voluntarias", donde las primeras singularizan la intervención del juez en los conflictos intersubjetivos, y la segunda desarrolla la participación judicial en los procesos sin controversia (en otros términos, en aquéllos que se generan a partir de una petición individual que no importa oponer intereses hacia otro).

Una distinción importante la trajo Jaime Guasp cuando introdujo en la ciencia procesal su "teoría de la pretensión" estableciendo que, siendo el fenómeno jurídico procesal un sistema donde deben satisfacerse pretensiones, no existe propiamente actividad jurisdiccional cuando esa función no se cumple.[240]

La ausencia de contradictor fue encolumnándose como principal matiz de particularización hasta el punto de que si no existía contenciosidad, el proceso era seguramente voluntario.

Tal criterio influye en la asignación de contenido jurisdiccional del juez constitucional, porque no es dudoso que en los sistemas difusos cualquier actividad procesal es jurisdiccional, porque está en medio de un conflicto donde aparece la "cuestión constitucional"; en cambio, en los procesos que sustancian los "tribunales constitucionales" la idea no es tan firme, más aún cuando deben señalarse modalidades que entre esos mismos organismos traban diferencias.

b) Está claro que estos tribunales especiales significan una variable importante en la división estereotipada de las funciones del poder, al resultar mecanismos invasores de áreas antes infranqueables como son las de emisión legislativa o de la potestad reglamentaria de la administración. Es evidente, que el *quid* referido

239 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 33, pp. 177 y ss.

240 Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956, p. 1638.

a si la sentencia es creadora o no del derecho pone un gran signo de interrogación en la jurisdiccionalidad de los roles de los tribunales constitucionales.

Lo cierto es que, actualmente, la división de poderes (o de funciones en el poder) no justifica abordar la función jurisdiccional con base en esa repartición inalterable de tareas. Inclusive, es muy acertada la opinión que expresa que el actual equilibrio no está dado por esa división, sino por el peso político que tiene el sistema de mayorías y minorías políticas, consecuente del posible control del gobierno sobre el Parlamento.[241]

Esta constatación obliga al Poder Jurisdiccional (poder-deber) a convertirse en equilibrio con base en un sistema de pesos y contrapesos emergentes del activismo que de ella se espera. Por eso, la función jurisdiccional contemporánea no puede restringirse a la mera aplicación de la ley, sino al obrar de sus sentencias de interpretación y control sobre los actos que los otros poderes del Estado emitan.

La negación de jurisdiccionalidad en las actividades del juez constitucional ramifica esta cuestión de teoría política.

En efecto, se señala como, al sistematizarse los mecanismos para el control de constitucionalidad de las leyes, en amplísimo sentido, aparecen dos corrientes opuestas: una que confiaba en los jueces dándoles oportunidad para ejercer dicho rol institucional, y otro que le negaba a ellos esa función ante el temor de exacerbar sus funciones naturales.

No obstante, la línea trazada resulta imprecisa pues en el sistema europeo de control jurisdiccional comprende tanto a los jueces ordinarios como a los constitucionales.

> El límite entre una y otra viene dado por la barrera de la legalidad, es decir, por la imposibilidad en que se encuentra la jurisdicción ordinaria de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, ni en abstracto, es decir, por vía general, ni en concreto, es decir, si las tiene que aplicar a un caso justiciable. Por eso es lícito hablar de un derecho a la jurisdicción constitucional, autónomo del derecho a la jurisdicción ordinaria.[242]

La referencia al peligro potencial que significaba para el equilibrio de poderes la aparición de estas "nuevas funciones judiciales", arraigada aún más la preocupación cuando se designan "Tribunales Constitucionales", llevó a sostener una auténtica función política de los jueces. Así se pronunció Carl Schmitt, quien agrega que la misión de los tribunales se operaba un cambio sustancial, porque abandonaban el clásico silogismo de la sentencia (subsunción del dere-

241 Sánchez Agesta, Luis, *Sistema político de la Constitución española de 1978; ensayo de un sistema (Diez lecciones sobre la Constitución de 1978)*, Madrid, Editora Nacional, 1980, p. 18.

242 Almagro Nosete, José, *op. cit.*, nota 204, p. 203.

cho aplicable a los hechos), para convertirse en artífices de legislación constitucional. Por tanto se pronunciaba en favor de establecer un cuerpo político para que ejerciera dichas funciones de revisión.[243]

Otros, sin creer posible tal peligro, negaron el carácter jurisdiccional sobre la base de estudiar la naturaleza del órgano y de las funciones asignadas.

En los hechos, el problema estriba únicamente en los órganos concentrados donde preside resolver si el ejercicio de esa actividad es jurisdiccional al aplicarse la ley del caso concreto definiendo su legitimidad, o en su caso, creando una norma novedosa que parte de la declaración de inconstitucionalidad (una suerte de legislación negativa, o de inaplicación del derecho positivo).

Ahora bien ¿es la sentencia aplicación o creación del derecho? En el fondo, el problema es idéntico en tanto podría responderse que se actúa en ambos sentidos.

Sin embargo, la norma jurídica no es el derecho, aunque pueda serlo objetivamente tomado. Es decir, la función judicial decide las disposiciones que se deben aplicar y en el mismo acto resuelve si subsume sin otra interpretación que la ya dispuesta el caso a la norma; o bien, adopta teleológicamente el sentido normativo al conflicto que enfrenta.

Así, entonces, habrá un acto de lógica pura y otro de volición estricta que se da sucesiva y ordenadamente.

La consagración normativa que opera en un proceso ordinario (del juez *a quo* y también del constitucional) no deja de ser un ensayo general del problema, y una hipótesis de solución ideal; pero, en el plano de la realidad, entrecruzan vivencias y experiencias particulares que recogen el sentido final del temperamento seguido.

Evidentemente, cuando cualquier magistrado —común o especial— debe enfrentarse a la norma con su realidad está ejerciendo un poder político, y esa libertad de adecuación le permite discernir cierta capacidad creativa.

Los juicios de valor y de ajuste son igualmente libres y discrecionales, aun con el riesgo de tornarse injustos, de manera que, *mutatis mutandi*; el verdadero meollo es la discrecionalidad y no la creación.

Cada una de las construcciones jurídicas que personifique una sentencia llevará ínsita esta cuestión, y por eso, importará más la justicia que el equilibrio normado, a pesar del riesgo de las interpretaciones volátiles o extravagantes.[244]

c) Pero va a ser Cappelletti quien siguiendo el principio alentado por su maestro (Calamandrei) plantea un gran interrogante que relativiza la importancia de estas cuestiones teóricas. Decía que

243 Schmitt, Carl, Der Hüter der verfassung, Tübingen, 1931, pp. 36-48, citado por Cappelleti Mauro, *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, 1987, nota 25.

244 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 33, p. 230.

> Cualquiera que sea pues el resultado de la indagación sobre la naturaleza de la justicia constitucional, sostendría que ello no puede influir de modo alguno en la búsqueda o investigación a la cual ahora nos enfrentamos, dado que el ámbito de los poderes de la actividad del "juez" pueden y deben estudiarse no ya en relación con su (así llamada) naturaleza jurisdiccional, sino en relación con lo que efectivamente indicará su verdadera esencia, su razón de ser; o en relación con sus propios fines, como resultan con base en la voluntad positiva constitucional.[245]

2) Naturaleza y especialidad del proceso constitucional

La naturaleza del proceso difiere en los autores que lo explican. Para González Pérez es un "auténtico proceso", pero con cierta especialidad. La misma se advierte al observar que en él coexisten dos partes que deducen pretensiones fundadas en normas constitucionales y frente a un órgano preestablecido. Por tanto, esos procedimientos demuestran que el proceso "...es un complejo de actividades de un órgano jurisdiccional y partes en que se concreta la función jurisdiccional del Estado..." siendo especial, porque el tribunal de enjuiciamiento está fuera de la jurisdicción ordinaria.[246]

Otros, como Cappelletti, definen el proceso como "voluntario" al destacar la inexistencia de partes, y la única materia justiciable sometida a consideración del Tribunal.[247]

Esta posición sólo se explica en la órbita de las jurisdicciones concentradas (constitucionales) donde no hay recurso directo contra leyes, ni acciones de amparo. Y además, porque el proceso resulta "complementario" y no "principal" de acuerdo a la metodología advertida.[248]

En tercer lugar están quienes argumentan el carácter "contencioso" del proceso constitucional, toda vez que existe una verdadera litis que polariza intereses controvertidos. A esta corriente se adscribe buena parte de los juristas españoles cuando desarrollan las características del Tribunal Constitucional, llegando a precisar las nociones de "partes",[249] terceros, alcances de los efectos de la sentencia y el valor constitucional de las mismas.[250]

245 Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 242, p. 131. En particular "La actividad y los poderes del juez constitucional en relación con su fin genérico (naturaleza tendencialmente discrecional de la providencia de actuación de la norma constitucional)", *Proceso, ideologías y sociedad*, Buenos Aires, Ejea, 1974, pp. 366-452.

246 González Pérez, Jesús, *op. cit.*, nota 81, p. 45.

247 Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 242, p. 112.

248 *Cfr.*, Serra, María Mercedes, "Proceso constitucional", *La Ley*, Argentina, 22 de octubre de 1990, capítulo III.

249 *Cfr.*, Pérez Gordo, Alfonso, "Las partes en el proceso constitucional", *La Ley*, España, 1983-2, pp. 1178 y ss.

250 Bocanegra, Raúl, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, pp. 56 y ss.

Conforme con cada una de las posiciones presentadas brevemente, creemos que existen particularidades propias del proceso constitucional.

A pesar de las dificultades peculiares que derivan de los diferentes sistemas establecidos para el control de las supremacías de las normas fundamentales, pueden hallarse definiciones propias que toleran cierta autonomía conceptual.

Respecto a la bilateralidad y contradicción, es evidente que el perfil habitual de ellas no es preciso en los procesos constitucionales.

En los casos de control difuso se pretende significar que la facultad de revisión no se concentra en sólo un órgano judicial, sino en todos los jueces que integran el Poder Judicial de un país. En ellos, el problema constitucional surge *incidenter tantum*, y con eficacia limitada al caso concreto donde se produce. La parte que denuncia y sostiene la inconstitucionalidad no tiene frente a sí un oponente real que defienda o asuma la defensa de la norma, pues no existe propiamente "defensa" sino "control jurisdiccional", en cuyo caso las partes conservan sus intereses contrapuestos sobre la base de las pretensiones originarias, dando así motivo al proceso constitucional, la materia sobre la que se resuelve.

En los procesos sustanciados ante un Tribunal de Garantías, el principio de contradicción debe captarse de manera diferente, porque la calidad de parte, en sentido procesal, no corresponde a sujeto alguno. En estos mecanismos concentrados el proceso se desenvuelve sin tener, necesariamente, la forma del contradictorio. Una vez iniciada la causa, no existen más interesados que el que promovió la demanda y los organismos que representan al Estado.[251]

De todas formas el proceso así constituido tiene "partes", aun cuando no representen los intereses característicos de la controversia. Sin embargo, ella está latente, o al menos, existe la posibilidad de que se instaure la confrontación y, por eso, desde un punto de vista formal, puede conservarse la noción "contenciosa" para este tipo de procesos.

La peculiaridad de hallar un proceso sin accionante particular pone un interrogante a la cuestión; pero se puede superar este obstáculo priorizando los deberes jurisdiccionales para la defensa del orden constitucional.

Claramente se ha señalado que,

> La garantía del contradictorio, típica de la función jurisdiccional, como fórmula para la realización de la justicia, se ve en este proceso sustituida por las *autorictas* del sujeto llamado a realizar el enjuiciamiento: el Tribunal Constitucional, guardián de la Constitución. Igual que el Estado no puede dejar en manos de los particulares el ejercicio de la acción penal, tampoco puede dejar en manos de aquellos

251 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 10, p. 131.

la iniciativa del control de la constitucionalidad de las normas en el proceso jurisdiccional.[252]

A esta puntualización deben agregarse las tipificaciones del "debido proceso" referidas, en esencia, a la igualdad, informalismo, acceso sin restricciones, motivación de la sentencia y su ejecutoriedad; aspectos que dan cubierta suficiente para ponderar la especialidad de estas herramientas constitucionales.

En Panamá la singularidad del proceso constitucional es manifiesta. Tiene autonomía al ser un procedimiento escrito, de carácter público, con acción popular, dispositivo en cuanto a su promoción, pero de sustanciación oficiosa e inquisitivo con relación a las funciones de la Corte (se puede declarar inconstitucional un acto por violación a una norma no invocada; no es admisible el desistimiento), instrumental y con normas de carácter imperativo;[253] se comunica al público al efecto de que terceros (partes afectadas o *amicus curiae*) puedan formular alegaciones, y la competencia le corresponde en exclusiva a la Corte Suprema de Justicia.

38. *Principales procesos constitucionales y sus características*

El conjunto de principios que basamentan el "debido proceso legal" reunen las condiciones mínimas exigidas para la operancia garantista de cada uno de los derechos fundamentales.

La protección procesal, en definitiva, tiene en dichas "garantías judiciales" el manto que cubre la fisonomía que se da en cada procedimiento.

La jurisdicción asume el compromiso de ser guardián de esos presupuestos de validez sustancial, y a través del andamiaje de los trámites respectivos que organiza la tutela diferenciada.

Es común, en consecuencia, distinguir entre las "formas ordinarias del proceso" y las que corresponden a los denominados "procesos constitucionales" propiamente dichos.

Los primeros resumen actividades indirectas de preservación de las supremacías fundamentales, mientras que los restantes tienden a obrar directamente sobre el problema constitucional.

Los instrumentos específicos que protegen los derechos humanos son los siguientes:

252 Marín Pageo, Encarnación, *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 1990, p. 101.

253 Fabrega, Jorge, "Las garantías jurisdiccionales para la tutela eficaz de los derechos humanos en Panamá", *Garantías Jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, *cit.*, nota 91, p.59.

1) Habeas corpus

No es el caso reseñar la evolución progresiva de este remedio constitucional que reconoce sus antecedentes en tiempos de disputa entre el Parlamento inglés y la Corona durante el siglo XVII, que culminan con el establecimiento de la Ley de *Habeas Corpus* de 1679.

Tiene por finalidad preservar las libertades de la persona. Principalmente, protege la libertad personal contra detenciones arbitrarias, pero manifiesta numerosas proyecciones en, por ejemplo, la discusión de temas menores como la internación de personas; la salud de reclusos o interdictos; las restricciones, malos tratos o vejámenes que pueda sufrir el procesado, etcétera.

En otras legislaciones, el *habeas corpus* ha servido como implemento sustitutivo de vías directas de protección, ejerciendo las veces de amparo contra agresiones a derechos y garantías fundamentales; como, también, de recurso contra sentencias de tribunales locales.

En este aspecto, sostiene Grant que el *habeas corpus* se ha transformado en Estados Unidos en una especia de "amparo penal", ya que puede utilizarse para impugnar las resoluciones de jueces federales o locales en supuestos de denegación probatoria, ausencia de imparcialidad, confesiones obtenidas ilegítimamente, etcétera.[254]

Agrega Fix-Zamudio que, en líneas generales, esta institución se estructura en prácticamente toda Latinoamérica, sobre la base de la figura angloamericana,

> Ya que puede considerarse como una garantía específica para proteger el derecho constitucional de la libertad individual establecido en las cartas fundamentales de los propios países hermanos del continente, y se utiliza esencialmente para impugnar las detenciones arbitrarias o ilegales, en particular respecto de las practicadas por las autoridades administrativas, que desafortunadamente y con demasiada frecuencia infringen la previsión común de todas estas leyes fundamentales que exigen un mandato judicial...[255]

2) Mandamiento de seguridad

Se trata de un instrumento complementario del *habeas corpus*, al operar integrando o completando los derechos fundamentales que por esa vía no tienen recepción.

En realidad, su ajuste estricto se corresponde con la acción de amparo, pero éste ocupa mayores espacios que la figura en comentario. La Constitución brasi-

254 Grant, J. A. C., *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, México, UNAM, 1963, p. 91

255 Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 87, p. 141.

leña derogada la contemplaba como medio de formular quejas contra las violaciones de derechos individuales que produjeran las autoridades administrativas, y se aceptaba excepcionalmente cuando impugnaba disposiciones legislativas o resoluciones judiciales.

El "mandado de segurança" surge para proteger la inviolabilidad de todo derecho "líquido y cierto", al mismo tiempo que fustiga la ilegalidad o abuso de poder que provenga de agentes del Estado o de personas jurídicas con facultades de representación gubernamental.

Sobre la naturaleza de este mandamiento, se explica que consista en una acción que tiende, conforme a cada caso, a obtener una declaración de condena o a constituir un nuevo estado o relación jurídica.[256]

El proceso del trámite es muy similar al de *habeas corpus*; abreviado, sumarísimo y con restricciones al derecho de impugnación.

Los requisitos para articularlo dependen de los presupuestos siguientes: a) inexistencia de recurso o de otro recurso deducido, pero con efectos suspensivos; b) daño irreparable o de difícil restitución; c) ilegalidad o abuso de poder por parte del juez o de cualquier poder estatal y d) innecesariedad de prueba documental que acredite el hecho.

3) Mandamiento de ejecución

El *writ of injuction* es el mandamiento por el cual se solicita al juez que suspenda la ejecución de todo acto ilícito que un particular o la autoridad, indistintamente, vengan cumpliendo.

Es un mecanismo constitucional preventivo que puede usarse para el control de constitucionalidad o para impedir que la administración tome decisiones peligrosas para los derechos fundamentales.

Su influencia en los ordenamientos latinoamericanos es notable, toda vez que permite, a través de un sencillo procedimiento, lograr una orden de abstención, provisional o definitiva, que paraliza la ejecución de un acto de la administración.

En Brasil, la nueva Constitución de 1988 establece en su artículo 5, LXXI: "se concederá mandamiento de ejecución siempre que la falta de norma reglamentaria torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía".

El instrumento incorporado también tiene manifestaciones en algunas provincia de Argentina, que se refieran a "mandamientos de *injuction*" y *mandamus* (mandamientos de ejecución y prohibición, respectivamente).

256 Pellegrini Grinover, Ada, "Os instrumentos brasileiros de defensa das liberdades", *Garantías Jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica, cit.*, nota 91, pp. 353-373.

El *mandamus* implica la posibilidad de obtener una orden judicial que persuade a la autoridad a cumplir una obligación legal preestablecida, pero omitida en los hechos sin explicaciones plausibles.

4) Habeas data

Es función de este elemento procesal resguardar el conocimiento de las informaciones relativas a las personas sean que ellas consten en registros, bancos de datos, o cualquier otra forma de control personal.

También la Constitución brasileña citada agrega este mecanismo, en su artículo 5 LXXII, en estos términos: "se concederá *habeas data* - a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del demandante, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para rectificar datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo".

Curiosamente, los antecedentes de la figura se remontan al derecho de locomoción reconocido en la Carta Magna de 1215. Su nombre —*habeas data*— ya era conocido desde hace siglos, formado por las palabras iniciales de la orden judicial expedida al detentor para que "tome el cuerpo del detenido y venga a someter al tribunal el hombre y el caso".[257]

La locución evidentemente no corresponde al significado del instituto, pero se ha entendido que, el empleo paronímico de palabras universal y secularmente consagradas a un fin determinado, permiten extender la noción de *habeas*, en sentido de *habere*, que significa "tener, poseer" y *data* como acusativo plural del *datum*, que los diccionarios más actuales definen como representación convencional de hechos, conceptos o instrucciones de forma apropiada para la comunicación y procesamiento por medios automáticos. Sería, entonces, "que tengas los registros, los datos".[258]

La protección de la intimidad, evitando la interferencia informática, tiene sustento también en la Ley de Defensa del Consumidor que considera de "carácter público" todo banco de datos o archivos referentes a consumidores.

5) Acción o recurso de inconstitucionalidad

Este mecanismo procesal tiene soluciones diferentes según venga impuesto como vía autónoma de reclamo (pretensión constitucional o *verfassungsbeschwerde* —queja constitucional—), u ocupe un tiempo dentro del proceso,

257 Othón Sidou, J. M., "Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: mandamiento de ejecución y hábeas data", *La Ley*, Argentina, 27 de noviembre de 1992.

258 *Idem.*

habitualmente, como instancia de impugnación ante los tribunales superiores del Estado.

El primer sistema surge en los ordenamientos constitucionales del siglo XIX (v. gr., Colombia y Venezuela) extendiéndose a partir de la llamada "acción popular de inconstitucionalidad".

El reclamo no tiene obstáculos de legitimación procesal ni de órgano específicamente competente, permitiendo su deducción a cualquier ciudadano que se considere agraviado por una norma que tilde de inconstitucional.

En Guatemala, la instauración de un Tribunal de Garantías, similar al modelo austríaco, ha permitido aumentar la nómina de pretensiones constitucionales, toda vez que se llega a dicha jurisdicción tanto por el recurso directo como por la vía incidental.

En el sistema siguiente no existe acción directa, sino alternativas recursivas dentro de un proceso ordinario. En Argentina algunas legislaciones provinciales admiten acciones directas de inconstitucionalidad, generalmente fundadas en alguna disposición de sus normas locales supremas; pero no responden cabalmente a los fines previstos por la clara influencia de la Corte Suprema Nacional que actúa como "tribunal de casación".

El Alto Tribunal local fijó en el precedente "Aserradero Cliper SRL" (1961) que no existe posibilidad de instruir una acción directa de inconstitucionalidad, la cual, además, está impedida —dijo— por la presunción de validez que cabe reconocerles a los actos y particularmente a las leyes.

Sigue el temperamento restrictivo en la causa "Conrado Traverso" (1961), esta vez anulando la tramitación encauzada como amparo contra leyes, ratificando el obrar en uno de los casos más comentados de ese país ("Outon" —1967—) estableciendo que el amparo no debe admitirse para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

Sin embargo, a través de la "acción declarativa" prevista por la codificación procesal federal, se receptan motivos de ilegitimidad constitucional, aun condicionando la pretensión a la existencia de una causa concreta y a la inexistencia de otras vías aptas para resolver el conflicto.

Sintéticamente, la apertura requiere: un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica determinada, interés y derecho suficiente de quien peticiona y ausencia de otros procedimientos hábiles al mismo fin.

El recurso extraordinario tutelado por la Ley 48 (una de las primeras leyes de la organización nacional —aún vigente—) se ha convertido en el verdadero "proceso constitucional".

Corresponde tener en cuenta que este recurso extraordinario sólo procede en temas de derecho federal sin ingresar en cuestiones de derecho común o normas locales. Además de los requisitos procesales (que la sentencia provenga del su-

perior tribunal de la causa; que la decisión sea definitiva, es decir, que no admita más instancias ordinarias; que haya tenido lugar en una causa concreta que sustancie una cuestión justiciable; entre otras), el recurso prospera (es admisible) cuando se sustenta el problema en un conflicto entre la norma constitucional y otra de igual carácter; cuando la polémica surge entre normas y actos infraconstitucionales (esto es, de cualquier naturaleza) con la Constitución Federal; ya sea directamente, por existir incompatibilidad entre las disposiciones legales o los actos en que funda su validez la norma de carácter inferior a la ley fundamental; o indirectamente, cuando se observa un sometimiento de las normas constitucionales al utilizar argumentos de motivación legal que resultan violatorios de la ley superior del Estado.

Este cuadro de flexibilidad aparente fue, en realidad, motivo de sugerentes limitaciones por la jurisprudencia; obligando a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en distintas integraciones) a otorgar ciertas aperturas a partir de criterios novedosos como resultaron los de la "sentencia arbitraria", el "exceso ritual manifiesto" y la "gravedad institucional".

La presencia de sentencias insostenibles que entran en cuestiones habitualmente excluidas, como las de derecho común y procesal, entre otras, llevó a evadir las restricciones del artículo 14 de la Ley 48 cuando existieran pronunciamientos arbitrarios, dislocados, absurdos, etcétera, que violan la defensa en juicio. Esto lleva a que todo el proceso se inficione y el fallo pueda "casarse" (anularse).

Clásicamente la Corte Argentina se ha movido en el esquema del mencionado encuadre legal de acceso, controlando la garantía de igualdad, de propiedad, de efectividad del debido proceso, la seguridad jurídica; y sobre estos soportes ha sabido ampliar el número de casos abiertos al recurso extraordinario federal de inconstitucionalidad.

6) Amparo

Constituye esta institución el más prestigioso de los elementos del derecho procesal constitucional para implementar el auténtico "proceso constitucional".

Si recordamos la necesidad del acceso al "recurso sencillo y efectivo" que predican los instrumentos internacionales de protección de los derechos del hombre, observaremos que pocos son los procedimientos que adoptan la sencillez, celeridad y eficacia que tiene el presente. Sin embargo, y a pesar de su elasticidad para adaptarse a las conveniencias del caso, no siempre la lectura procesal es idéntica y, en casos puntuales y precisos, se ha restringido al amparo con la misma ley que lo reglamenta.

A veces el amparo viene impuesto en la Constitución del Estado; otras, se establece por vía legislativa; también, se desenvuelve exclusivamente por el activismo judicial y la creación jurisprudencial consecuente.

Esa variada presencia institucional motiva que sean diferentes, asimismo, los sectores que integra.

Puede aceptarse la división doctrinaria que interpreta el amparo: a) como recurso o medio de impugnación, tal como se conoce en las Siete Partidas de Alfonso el Sabio; b) puede obrar como "interdicto posesorio", de conformidad con sus antecedentes coloniales cuando servía para proteger las tierras de las comunidades aborígenes de la voracidad y codicia invasora; c) funciona, también, como instrumento procesal garantista, "para la protección de los derechos humanos", trascendiendo al marco legal o constitucional que pueda incorporarlo.[259]

La tutela fundamental que el amparo procura es a los derechos fundamentales, sin importar si ellos están constitucionalizados (es decir, incorporados en las declaraciones y garantías de la carta suprema), o provienen de derechos implícitos o consagrados por instrumentos de protección supraestatal.

Debemos diferenciar, en consecuencia, el amparo como garantía procesal de los derechos humanos; del "derecho al amparo" que pertenece a toda persona que procure la asistencia legal de sus derechos por medio de un recurso rápido y efectivo.

En México, seguramente el país cuna de esta institución, las competencias del amparo, como la figura misma, son de cuño constitucional.

En el capítulo referido al Poder Judicial, los artículos 103 y 107 (este último de gran minuciosidad) establecen los lineamientos esenciales, imponiendo a los tribunales de la federación que resuelvan toda controversia que se suscite: "I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales; II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados, y III. Por leyes o actos de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal" (artículo 103, Constitución Política).

Sucesivas leyes reglamentaron el instituto hasta dotarlo de tal complejidad estructural que, positivamente, ocupa un nutrido conjunto de situaciones que en otros países se reglamentan con instrumentos procesales específicos.

Cubre así el amparo mexicano aspectos como el *habeas corpus* (para proteger al ciudadano ante la inminencia de perder su libertad, sea por actos de la autoridad de gobierno o por un procedimiento que no sea dispuesto judicialmente); en la acción directa de inconstitucionalidad de las leyes, sostiene Fix-Zamudio, el principio fundamental del amparo contra leyes es el de la relatividad o efectos

259 *Cfr.*, Fix-Zamudio, Héctor, "Breve introducción al juicio de amparo mexicano", *Memoria de El Colegio Nacional*, t. VIII, núm. 3 (1976), pp. 141-191. Ver del mismo autor "El juicio de amparo en Latinoamérica", *cit.*, nota 87, p. 280.

particulares de la sentencia que otorga la protección, de acuerdo con la llamada "fórmula Otero", pues los artículos 107, fracción II Constitucional y 76 de la ley de amparo disponen:

> Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o del acto que la motivare;[260] hace las veces de "recurso de inconstitucionalidad" al admitirse por el artículo 133 Constitucional (norma que consagra la supremacía fundamental), aun cuando es conveniente advertir que no se realiza como en Estados Unidos ya que, a pesar de bosquejar un sistema difuso de control, los jueces locales prefieren que la revisión sea realizada por magistrados federales; se utiliza como "procedimiento administrativo" en ausencia de tribunales de este carácter; se utiliza contra las sentencias definitivas, laudos o resoluciones que tengan carácter definitivo, impugnándolas por inconstitucionales, en cuyo caso, el vicio alegado debe ser la única materia que el tribunal considere; éste último procedimiento es aplicable también —en cuanto vía de impugnación contra resoluciones jurisdiccionales— a las decisiones de jueces locales, tribunales de circuito que interpreten aspectos pertenencientes al control de constitucionalidad; finalmente, obra como sistema protector de las minorías de agricultores perjudicados por la reforma agraria.

Si bien, la competencia para conocer en los juicios amparistas pertenece a la Suprema Corte de Justicia, a los Tribunales Colegiados de Circuito, a los jueces de distrito (todos ellos integrantes de la justicia federal) y los tribunales locales de la Federación, últimamente se procura que la Suprema Corte conozca los asuntos de mayor importancia, aunque la competencia no le pertenezca naturalmente, autorizándolos a ejercer facultades discrecionales de atracción (verdadero *per saltum*), lo cual convierte al órgano superior de la justicia mexicana en —casi— un tribunal constitucional.

Otras legislaciones infraconstitucionales establecen el amparo en leyes, lo cual no priva al instituto de ser un proceso constitucional.

La diferencia que trazamos obedece a ciertas particularidades secuenciales de la instauración legislativa.

Por ejemplo, en Venezuela el artículo 49 Constitucional establece el amparo como "garantía", dándole un sentido constitucional que difiere de los aspectos procesales que pudieran signarse. Es decir, al resultar un derecho constitucional, abandona la sutileza técnica: deja de ser una acción o recurso, para ser un derecho fundamental.[261]

260 Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 258, p. 155.

261 Brewer Carias, Allan R., "El derecho de amparo en Venezuela", *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica, cit.*, nota 91, p. 21.

La importancia estriba en que aparece instalado como un derecho operativo, despojado de la reglamentación necesaria que otras leyes constitucionales requieren al tenerlo previsto como un "programa de acción", o un derecho prometido.

A veces, el cauce constitucional no es bastante para dotar de eficacia y celeridad al amparo. La necesidad de agotar los trámites ordinarios constituye una valla insuperable, tal como lo tiene establecido el artículo 53.2 de la Constitución española cuando dice:

> Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección 1ª del capítulo segundo ante los tribunales por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

La subsidiariedad asignada frustra en ocasiones la tutela diferenciada que el amparo pondera. En Argentina, donde la institución quedó establecida en la Ley 16.986 (1966) la norma puso un *corset* que aprisionó la movilidad que jurisprudencialmente había logrado.

Más que una regulación amparista (esto quiere significar, protectora) se pusieron límites exagerados; el artículo 2 dice:

> La acción de amparo no será admisible cuando: a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate; b) El acto impugnado emanará de un órgano del Poder Judicial o haya sido adoptado por expresa aplicación de la ley 16.970; c) La intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado; d) La determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba o la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas; e) La demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse.

Como se advierte, la seguridad que el amparo promete puede quebrarse si el instrumento procesal es deficitario. La atenta confrontación de ello con los *writs* del derecho angloamericano facilitan la búsqueda de soluciones.

Desde la compleja extensión del amparo mexicano, al restricto campo de operatividad del amparo argentino (aun reconociendo que se ha avanzado bastante gracias a la jurisprudencia transformadora, actualmente en cierto repliegue o proteccionismo al Estado), aparecen comprometidos:

-El *writ of habeas corpus* utilizado para la defensa de la libertad corporal y de los procedimientos penales.

-El *writ of error*, que era una orden expedida por una corte jurisdiccional apelada, la que podía solicitar la remisión del expediente para avocarse y examinarlo. Actualmente la figura no existe siendo sustituida por el más eficaz *writ of certiorari.*

-El *writ of certiorari*, que facilita la selección de causas por el tribunal superior, con la doble intención de asumir competencia en temas de honda repercusión constitucional o social, y para desahogar a la Corte de temas intrascendentes.

-El *writ of prohibition*, similar al *mandamus* destinados a prevenir los excesos de poder o de facultades discrecionales.

-El *quo warranto*, es un remedio que corresponde al Estado en su capacidad soberana para proteger los intereses de todo el pueblo, y en la guarda de su bienestar, y según el cual se inquiere bajo qué autoridad se reclama o usurpa una oficina pública, una franquicia o una libertad y poder así determinar lo que proceda en derecho.[262]

De igual apariencia que el amparo son los *injuctions*, que obran como medidas suspensivas —preliminares, temporarias o permanentes— a pedido de parte.

De ello surge una conclusión manifiesta: si el amparo cubre todos estos mecanismos de asistencia, de suyo implica una denuncia de ilegitimidad, irrazonabilidad o inconstitucionalidad; extremos que no pueden restringirse por meras cuestiones formales.

262 Castro, Juventino V., *Garantías y amparo*, México, Porrúa, 1989, pp. 295-297.

CAPÍTULO VI

INSTITUCIONES ALTERNATIVAS PARA LA DEFENSA CONSTITUCIONAL. EL *OMBUDSMAN*

39. Origen de la institución 189
40. Finalidades del *ombudsman* 190
41. La crisis del sistema que fracciona el poder 191
42. El *ombudsman* ante los derechos humanos 192
43. Funciones del *ombudsman* 193
44. Las transformaciones de fines de siglo 194
45. Conclusiones 195

CAPÍTULO VI

INSTITUCIONES ALTERNATIVAS PARA LA DEFENSA CONSTITUCIONAL. EL *OMBUDSMAN*

39. *Origen de la institución*

Durante el siglo XVIII el rey Carlos VII, monarca de Suecia, afrontaba una prolongada guerra contra Rusia (del Zar Pedro I) que originó su reiterada ausencia del reino para encabezar la batalla.

Por este motivo, encomendó a un colaborador las funciones de representación monárquica, a quien autorizó a vigilar la observancia de leyes y reglamentos, de preservar la fidelidad al imperio, y de fiscalizar el comportamiento de los servidores públicos.

En 1713, el funcionario pasó a integrar la oficina del Procurador Supremo, que en 1919, pasó a llamarse Canciller de Justicia (Justitie-Kansler).

En 1809, la nueva Constitución estableció una división de autoridad entre el rey y los estados que formaban el Imperio, con la finalidad de evitar que una sola de las partes tuviese todo el poder. De este modo, el cuerpo ejecutivo se mantuvo en el rey y el Consejo de Estados; la competencia legislativa se distribuyó entre éstos; y el Poder Judicial se discernió en magistrados independientes.

Estas reformas introdujeron además un nuevo cuerpo de control, el *Justitie-Ombudsman* (JO) que, en nombre de los estados (años más tarde sustituido por el *Riksdag* o Parlamento) fiscalizaría la gestión y comportamiento de los funcionarios del reino.

El Canciller conservó sus atribuciones y continuó a las órdenes del rey de quien se constituyó en principal consejero.

El JO debía controlar la observancia de las leyes por los tribunales y funcionarios, y demandar ante la justicia competente a aquéllos que en el ejercicio de su cargo hubieren cometido ilegalidad o descuidado el correcto desempeño en los deberes propios de su función, sea por parcialidad, favor o cualquier otro motivo. Suecia fue así el primer país que origina una institución del tipo que abordamos.

Es más, la palabra *ombudsman* no tiene traducción en otro idioma;[263] quiere decir: representante, comisionado, protector, mandatario, comisionado o repre-

263 Significa en sueco "hombre que da trámite".

sentante del Parlamento o Congreso; y, en consecuencia, resulta genéricamente asumido como protector de los derechos del individuo.

Su repercusión en otros ordenamientos jurídicos fue sorprendente, sobre todo, a partir de la segunda mitad del siglo XX.

En una aproximación superficial a este éxito, puede señalarse que los instrumentos tradicionales de tutela de los administrados frente a un Estado cada vez más absorvente y dinámico; pretedido "Estado social", benefactor, distribuidor, *manager*, etcétera, reúnen ya cualidades de ineficacia para la debida protección de los derechos e intereses legítimos de los gobernados, pues ni aquellos medios más sencillos como las reclamaciones ante los representantes populares, ni las demás técnicas como los recursos administrativos, hasta llegar a los más sofisticados de la justicia administrativa, cuyo representante más conspicuo es el Consejo de Estado francés han logrado someter eficazmente y en forma estricta a esa administración tan poderosa a los ordenamientos jurídicos.[264]

Los antecedentes y sus proyecciones muestran cuál es el diseño propuesto para el *ombudsman*: ser protector de los derechos del hombre en sus relaciones con el Estado, y en especial, con la Administración Pública.

40. *Finalidades del ombudsman*

A primera vista, la institución aparece como mecanismo de control, circunstancia que evidencia su rol únicamente operante en un sistema democrático de gobierno.

De resultar con este signado, cabe preguntarse si el *ombudsman* es una figura que tiende a robustecer los carriles participativos, o bien, proviene de la desconfianza que el sistema merece (en cuyo caso, la fuente que la inspira se toma en actitudes claramente autoritarias o dirigistas).

El primer interrogante cifra este contenido ¿es el Defensor del Pueblo un sofisma del despotismo dictatorial, o responde al espíritu del juego de pesos y contrapesos del poder en un Estado de derecho?

Si atendemos al origen del Comisionado, la deducción comparte el planteamiento inicial, porque el rey de Suecia pretendía mantener el poder monárquico a través de un representante que, más que ejecutar sus decisiones, controlaba y delataba las inconducencias de otros colaboradores.

Pero detenernos en esta simple constatación evita considerar la evolución de la figura claramente orientada a proteger la justicia del derecho en un Estado libre e igualitario.

264 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El Defensor del Pueblo* (*ombudsman*), Buenos Aires, Ediar, 1989, p. 33.

Bien se aprecia que

> Los pueblos sabios, avezados por las lecciones de la historia, que quieren asegurar su propia existencia como hombres libres en un Estado que hace justicia y no es discriminatorio, ponen todas las precauciones que están a su alcance para prevenir todos los procesos de entropía, es decir, de degeneración y desorden, que amenazan a cualquier obra humana.[265]

Tal sentido direcciona al *ombudsman* como mecanismo selectivo de control y participación en los problemas y asuntos que involucran al ciudadano en los actos de gobierno.

41. *La crisis del sistema que fracciona el poder*

Las tendencias orientadas a frenar la ingerencia desmedida del poder de gestión sobre las libertades individuales y sobre el rol naturalmente predispuesto para los órganos parlamentarios y jurisdiccionales llevó a distribuir en otros organismos el control a la administración propiamente dicha.

Al mismo tiempo, las constituciones dan nacimiento a los derechos sociales, o derechos de las masas que, al decir de Cappelletti, están ejemplificados en el Preámbulo de la carta fundamental francesa de 1946, haciendo accesible a todos lo que antes sólo era proclamado teóricamente. Así, el Estado procura otorgar a los individuos (masa) nuevos derechos como consumidores, inquilinos, arrendatarios, trabajadores dependientes, y aun como simples ciudadanos.[266]

En la mitad del siglo XX se constata un fenómeno proyectado de los reconocimientos antedichos. El primer suceso alude a la mimetización cultural de los hechos trascendentes que tienden a socializarse para encaramarse como universales. La Declaración de 1948 sobre los Derechos del Hombre inicia un cuadro que abastecen derechos humanos inalienables e insustituibles.

El paso siguiente cursa la internacionalización de esos derechos, que supone el tránsito de lo puramente universal a lo interno de cada sistema jurídico. Cada Estado, cada nación, reconoce la necesidad superior de esos valores que, siendo derechos, son anteriores a cualquier reconocimiento positivo porque pertenecen a la condición humana, al hombre como tal.

265 Giner de Grado, Carlos, *El Defensor del Pueblo en la teoría y en la práctica*, Madrid, Popular, 1986, p. 10.

266 Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, *El acceso a la justicia*, Argentina, Colegio de Abogados de La Plata, 1983, p. 64.

Se dan, entonces, como producciones sucesivas de una realidad cambiante, las tres características que han de atenderse para ver cómo opera y para qué sirve el *ombudsman* como defensor de los derechos humanos:

1) Ha sido claro y evidente el empuje sostenido de los órganos de administración y dirección de un Estado, priorizando sus funciones y avasallando, de alguna manera, el rol activo de los cuerpos jurisdiccionales y legislativos.

A tal punto llega la intromisión que la ciencia jurídica ha tenido que responder a los problemas aparentes de una presunta jurisdicción administrativa, como también de la posible creación del derecho desde el Ejecutivo.

2) Se advierte en la ciencia constitucional la evolución generacional de los derechos. Su incorporación histórica revela el comportamiento del mundo al conjunto de los valores supremos de todo tiempo. De este modo, los derechos políticos, sociales y culturales, son protegidos principalmente por los tribunales constitucionales; la promoción de los derechos solidarios, llamados de la tercera generación, también requieren protección. Se evidencia su debilidad cuando vemos que aún se conserva la idea de dar cabida en la justicia a los derechos individuales. Hoy día se impone cambiar este encuadre de la legitimación procesal; de otro modo, el Estado sería responsable de la denegación de la justicia.

3) El tercer tiempo lo ofrece la notable evolución de los derechos humanos.

42. *El ombudsman ante los derechos humanos*

La actitud de comunicación e información es la que mejor concilia la unión entre el *ombudsman* y los derechos humanos.

Ocurre que la intromisión de estas fundadas nociones que reposan en la esencia vital de los derechos del hombre no siempre tienen una cálida recepción; existe un fenómeno de naturaleza sociocultural que los condiciona, y aun teniendo univocidad, los derechos se conciben dependientes de una sociedad determinada, concurrente e interactuante.

Precisamente, los derechos humanos tienen esa particularidad asociativa que lleva a considerarlos "siempre presentes", pero ciertamente difusos a la hora de aplicarlos estrictamente.

La difusión, como dijimos, permite a través del *ombudsman* recobrar un espíritu común, un alcance correcto, un adecuado sentimiento de valorización y realización.

No podemos olvidar que aquéllos obran concertados con valores; y la axiología es una disciplina que hilvana su tejido con materiales muy variados, logrando productos de la misma diversidad. Es decir, los valores tienen o pueden tener una recepción e idea común, pero se interpretan respondiendo a sus propias circunstancias de aplicación.

43. *Funciones del ombudsman*

Resulta claro y dominante que las funciones pensadas para el *ombudsman* obran en estos sentidos:

a) Discutir, disentir, innovar, provocar la creatividad en el ámbito de la administración pública a través de la controversia y la discusión pública.

b) Investigar, publicar aquellos comportamientos administrativos que constituyan un ejercicio defectuoso de la administración pública.

c) Investigar las denuncias que lleguen a su conocimiento. Dado su carácter, el *ombudsman* no necesita que las denuncias que le sean formuladas reúnan requisitos formales de naturaleza alguna; hasta puede y debe investigar las denuncias anónimas que le lleguen, en tanto contengan visos mínimos de seriedad intrínseca.

d) Recomendar pública o privadamente a los funcionarios intervinientes, ya sea en informes privados o a través de su informe público anual, o por intermedio de partes o conferencias de prensa convocadas al efecto, qué acciones estima necesarias que la administración pública adopte, o qué comportamientos debe modificar, qué normas de procedimiento debe incorporar, etcétera.

e) Exhortar, argüir, influir sobre los funcionarios públicos que a su juicio actúen en forma inconveniente, incorrecta o inoportuna para que adopten las providencias que sean necesarias para la enmienda de los comportamientos administrativos objetados.

f) Criticar, censurar, amonestar en el sentido de represión de índole moral o política, pero sin implicar ejercicio de potestad disciplinaria *stricto sensu* sobre los funcionarios públicos. Tanto las sugerencias o recomendaciones como las censuras o represiones pueden, según los casos, formularse en forma privada o pública. Todo indica que el primero es el caso más aconsejable, y que sólo la reiteración de la conducta censurada, en caso de especial gravedad de la inconducta, hará pública su crítica.

g) Iniciar acciones o recursos judiciales contra la administración pública en aquellos casos en que a su juicio los Tribunales por la índole del tema puedan brindar una solución idónea al fondo de la cuestión, pero que por problemas de falta de personalidad, de legitimación, de fondos o de tiempo pueda no haber un individuo legitimado o dispuesto a iniciar él mismo la acción.

h) Deducir acciones o recursos administrativos o ante Tribunales Administrativos donde éstos existan en las mismas situaciones que el caso anterior.

i) Efectuar un informe anual público sobre sus propias funciones, del cual resultan fracasos que ha tenido en sus intentos de influir en el mejoramiento de ésta y recomendaciones, en su caso, a los poderes públicos.[267]

267 Seguimos en este desarrollo a Gordillo, Agustín A., *Problemas del control ...*, *cit*, pp. 23 y ss.

44. *Las transformaciones de fines de siglo*

Tratemos ahora de observar si al conjuro de los cambios sociales y políticos que experimenta Latinoamérica y Europa a fines de este siglo permiten afinar la relación entre *ombudsman* y derechos humanos.

Sintéticamente recordamos que las finalidades esenciales del Defensor del Pueblo son de control a la administración pública, protegiendo los derechos del ciudadano ante la burocracia exacerbada.

A veces, esa función se explica como "reaseguro contra las pequeñas injusticias".

Lo ideal enmarca que en esa competencia fiscalizadora no se excluya órgano alguno, aún cuando en la práctica, y a la vista de otras legislaciones, se aparta al ejecutivo como órgano político. Pero el *ombudsman* practica control, por sí o urgido por la denuncia, en todo el régimen administrativo. Su actividad se extiende a la inspección, la sugerencia, el recordatorio, y si ninguna de estas actitudes tiene respuesta válida, tendrá que acudir a las vías jurisdiccionales que el ordenamiento le ofrezca.

Ahora bien, al menos en nuestro país existe un diseño político-económico que persigue acotar al máximo el intervencionismo estatal. Esta tendencia ocurre principalmente en la prestación de los servicios públicos.

Para lograrlo se echa mano de decisiones unilaterales que agreden la discusión natural que inspira todo esquema republicano de gobierno.

Si es lógico y prudente que el Estado se orqueste sobre la idea de pesos y contrapesos derivados de funciones propias: legislar, juzgar y ejecutar ¿por qué hacerlo sólo uno de los detentadores del poder?

Esta urgencia por actuar en lo inmediato, soslayando el debate abierto, se fomenta con el nacimiento de un derecho nuevo, o remozado: el derecho de la emergencia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en el caso "Peralta" (diciembre 27/990), tuvo oportunidad de establecer su tesis sobre el derecho de emergencia, sosteniendo entre otros argumentos que, el ejercicio del poder público sobre personas y bienes tiende a la protección no sólo de la seguridad, la moralidad y la salubridad, sino que se extiende al ámbito económico y social para procurar el bienestar general.

En momentos de perturbación social y económica —agregó— y en otras situaciones semejantes de emergencia y ante la urgencia de atender la solución de los problemas que crean, es posible el ejercicio del poder del Estado en forma más enérgica que la admisible en periodos de sosiego y normalidad.

La "temporaneidad" que caracteriza a la emergencia, como resultado de las circunstancias mismas, no puede ser fijada de antemano en un número preciso de años o de meses. "Todo lo que cabe afirmar razonablemente es que la emergencia dura todo el tiempo que duran las causas que la han originado".

El cuadro de situación que nos ocupa atiende una emergencia de naturaleza esencialmente económica. Pareciera decir que la política económica compromete su suerte si no va acompañada de una legislación que la interprete y de una justicia que no la desvirtúe.

Aparece así un extraño fenómeno, que se reduce a esta simple constatación: la emergencia pone en juego la autoconservación del Estado y para evitar su desmembramiento es posible superar los controles de poder naturales en un sistema democrático.

Sagües habla de una situación de necesidad que autoriza la dispensa de la Constitución, aun cuando sujeta a ciertas restricciones como la razonabilidad y el control hacia los fines y los medios.[268]

Nuestra pregunta se cifra a sólo un aspecto de esta problemática, ¿es posible justificar el abandono de funciones precisas en pos de asegurar la ejecución de una política económica?, o ¿es acaso que la emergencia económica puede solucionarse con el sacrificio de derechos?

Si es cierto que condiciones extraordinarias pueden exigir remedios extraordinarios, ellos no toleran un aumento de los poderes constitucionales, porque justamente la ley fundamental no es un oráculo que dé justificación a los excesos; todo lo contrario, les otorga una razón para existir en el ámbito de un desenvolvimiento legítimo. La extraordinariedad sólo pone en marcha un derecho genérico que podrá o no ser constitucional de acuerdo con el modo específico como se resuelva. Por ejemplo, el estado de sitio es un derecho basilar de la urgencia y necesidad de conservar el orden jurídico y político de un Estado; pero no sería de igual condición si la ley de emergencia escapase de las garantías diseñadas por la carta magna.

En este contexto, ¿puede ser útil el *ombudsman* para equilibrar la inestabilidad institucional?

45. *Conclusiones*

Avancemos algo más en el interrogante que precede. Constituye una observación atinada decir que, cuando la economía ingresa en el derecho modificando estructuras habituales, también el mundo jurídico debe adaptarse con soluciones propias para ellas. Este pasaje hacia la transformación no tiene siempre la vía expedita; en efecto, la confrontación de intereses despeja los ideales propugnados dando paso al debate político o judicial. En uno el fenómeno se transporta en la resistencia; en la otra el móvil común para demostrar la antipatía es el proceso.

268 Sagües, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 165, p. 1058.

No viene al caso encontrar ahora cuáles son esas vías conducentes, formalmente apropiadas o admisibles; por lo general, estas manifestaciones se han replicado por el carril del amparo y justo es recordar que el tiempo histórico influye en el ánimo del juzgador dando pautas que sólo el momento registra y que no se transmiten en las lecturas históricas, porque el sentimiento acude volátil en el recorrido de la vida.

En todos los casos, la disconformidad queda bloqueada sin resonancia alguna, ni repercusión que favorezca su racionalidad, si el órgano jurisdiccional (Los Tribunales Superiores de un Estado) no acompañan ese grito de libertad.

Cuando una Nación quiebra o digita la independencia judicial torna su legitimidad democrática auspiciando un gobierno sin límites.

Gobernar supone legitimidad para mantener a los descontentos en la legalidad;[269] y ello solamente se logra permitiendo la participación libre y dando posibilidad efectiva de control a la arbitrariedad.

Si no hay referencia con el Estado de Derecho, el *ombudsman*, la jurisdicción, o el mismo ciudadano serán una máscara que esconde sin disimulo la ausencia de legitimidad del obrar administrativo.

Hablamos de la libertad existencial, no del liberalismo económico, ni de los giros idiomáticos que la atraviesan dándole modismos crematísticos.

La Constitución española cuenta con un acabado mecanismo que aligera la tensión. En efecto, el artículo 53 reza como precepto general que "los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos"; pero en los párrafos que siguen continúa la misma senda preventiva que es común advertir en el diseño hasta aquí denunciado.

De allí se comprueba que el ciudadano tiene protección jurisdiccional en sus derechos personales, cívicos y políticos; no así en los derechos económicos, sociales y culturales, porque estos quedan sujetos a la reglamentación pertinente.

Estimamos que el diagnóstico es aplicable a todos, particularmente en América Latina. Por ello, el Defensor del Pueblo podrá ungirse como remedio contra esas injusticias del absolutismo moderno.

Queremos concluir reproduciendo un párrafo de Ginés de Grado[270] quien a su vez recuerda al autor inglés Ronal Duworkin:

> ...sólo aquellos que valoren en todas sus dimensiones el significado de los derechos humanos y se los tomen en serio, serán capaces de comprender y justificar esta institución del Defensor del Pueblo. Y quienes se tomen en broma esta institución, hay que sospechar que también se toman a risa y desprecian los derechos humanos, y en definitiva, al mismo hombre.

269 Frías, Pedro J., "Entre la emergencia y el Estado de derecho", *La Ley Actualidad*, 18 de noviembre de 1991, p. 1

270 Ginés de Grado, Carlos, *op. cit.*, nota 264, p. 22.

CAPÍTULO VII

CONCLUSIONES

46. *Recapitulación y síntesis*

1) Origen del derecho procesal constitucional

El gran desarrollo del derecho procesal en este siglo, y la íntima proximidad lograda con el derecho constitucional demuestran que estamos ante una disciplina novedosa sobre cuyas particularidades referiremos en el capítulo siguiente. De todos modos, es útil ir advirtiendo que el "derecho procesal constitucional" surge a partir de los reclamos del hombre para "garantizar" efectivamente sus derechos humanos.

El trípode donde se insertan los mecanismos adjetivos pueden reconocer, es cierto, una diversidad de enfoques y hasta cerrarlo en sólo uno de los aspectos (v. gr.: el control de constitucionalidad), pero es preciso recapitular lo visto y dar conclusiones al respecto para abordar con paso firme los próximos capítulos conclusivos.

a) Comienza el derecho procesal constitucional a desenvolverse con autonomía a partir de las Cortes Constitucionales que fueron establecidas desde 1920, siendo causas principales de ello el alejamiento de posturas universalistas que priorizaban los intereses de los Estados sobre los individuales, permitiendo en consecuencia con estos tribunales ir definiendo valores, principios y presupuestos que comprometieran directamente a la defensa de los derechos del hombre.

b) Sin embargo, el desarrollo de esos Tribunales de Garantías no va a tener proyecciones sino después de la segunda Guerra Mundial, cuando coinciden con el gran movimiento constitucionalizante que acentúan normativas dirigidas a asegurar la recta utilización de los principios superiores del ser humano; y, además, propician igualdad y equilibrio de poder con el establecimiento de organismos de control y defensa de la leyes fundamentales.

Este importante acontecimiento marca un hito determinante para esta ciencia procesal-constitucional, porque varios autores encuentran con el establecimiento de los Tribunales Constitucionales la causa verdadera para hablar de ella como materia autónoma.

c) Pero en América Latina el ejemplo no era idéntico, porque nuestros mecanismos de control fueron a semejanza del modelo norteamericano de la *judicial review*; es decir, de permitir a todos los jueces del Poder Judicial realizar la fiscalización de las leyes, de tal modo que fuesen ellos quienes efectuaran el enfrentamiento entre el principio de supremacía y las normas del caso; esa derivación mantenía un concepto diferente que fue llamado: jurisdicción constitucional.

d) Llegados a este paralelo, e instalados en la mitad del siglo XX, otro suceso va a trascender en la evolución de estas instituciones.

En efecto, Italia dicta un nuevo código procesal que va a tornar sustancialmente las figuras preconcebidas del sistema adjetivo.

Hasta entonces, entre el derecho procesal y el derecho constitucional había distancias muy grandes, ya fuera porque el primero estaba sumido a una finalidad puramente instrumental; o bien, porque el derecho constitucional estaba en pos de afianzar sus principios superiores y no era momento todavía para establecer vinculaciones de apoyo.

Esa distancia, fue eliminada pronto, toda vez que, en la práctica, el cumplimiento de las normas requería de una técnica, y ella la aportaba el derecho procesal. Por su parte, éste recibía del derecho constitucional la positividad de sus principios y consagraciones, que al estar por encima de todo el ordenamiento jurídico, servían de inspiración, modelo y control a todas las demás aplicaciones.

e) El surgimiento del control de legalidad como una forma de revisar las acciones de gobierno, y el control sobre la constitucionalidad de las leyes entronizó las funciones jurisdiccionales.

Doctrinariamente aparecen dos obras que van a sostener las "garantías jurisdiccionales de la Constitución" y las "garantías constitucionales en el proceso civil", que lograron patentar la proximidad manifiesta entre ambos derechos globalizadores.

f) Era preciso, entonces, justificar las diferencias internas que tenían respecto a sus propias figuras. Con este objetivo, la jurisdicción fue clasificada en un sentido "objetivo" para distinguir las funciones de los jueces civiles, penales, constitucionales, etcétera; y en otro "subjetivo", contraponiendo a las magistraturas ordinarias las que cumplían los tribunales constitucionales.

La división de campos no significa incompatibilidades entre ellos. Mientras la justicia común resuelve en equidad; la constitucional lo hace preservando la supremacía de los derechos básicos y, como tal, dicho ejercicio se denomina jurisdicción constitucional. Por ello es posible que este tipo de actividad sea ejercida por jueces ordinarios cuando el mecanismo de política jurídica se lo autoriza.

g) La evolución destaca que la judicatura constitucional y el derecho procesal constitucional ocupan frentes diversos. Un primer plano está dirigido a resolver la dimensión fundamental de la justicia, consagrando presupuestos y garantías

inmutables que no puedan dependizarse de interpretaciones oportunistas. El segundo espacio le corresponde a la tutela procesal y, dentro de ella, aspectos como: 1. la jurisdicción constitucional al quedar pendiente la determinación de su naturaleza jurídica; 2. las garantías constitucionales y, en particular, las que corresponden a la proyección del derecho de acción y del debido proceso, que son, justamente, los instrumentos procesales de tutela y defensa del orden fundamental; 3. el proceso, tanto en su dinámica ritual tendente a hacer efectivo el derecho al "recurso rápido y sencillo"; como para concretar un sistema procesal efectivo y justo.

h) El círculo puede cerrarse con los derechos emergentes de los derechos del hombre que están protegidos en tratados y convenciones internacionales. Esta faceta refleja una estimativa transnacional que le pertenece dogmáticamente al derecho procesal constitucional, porque las declaraciones universales sobre los derechos humanos han gestado un verdadero *bill of rights* de carácter supranacional que tienen instrumentos procesales propios.

En consecuencia juegan operantes, escalonada o simultáneamente, el derecho procesal constitucional; el derecho constitucional procesal y el derecho procesal transnacional, siendo el primero de ellos el baluarte de la disciplina.

2) La jurisdicción constitucional y sus particularidades

a) La polémica doctrinaria que tiende a definir la naturaleza de la jurisdicción se refleja, también, en estos pasajes.

La polaridad se advierte en torno a dos explicaciones posibles. O bien se admite que la jurisdicción es una función que le pertenece exclusivamente a los jueces que integran el Poder Judicial del Estado (teoría orgánica), o en su lugar, se considera que la resolución de conflictos intersubjetivos es la verdadera tarea del juez, porque al provenir su potestad de la autolimitación del hombre que no quiso seguir autocomponiendo sus controversias le dio al Estado esa función, circunstancia que incide para la buscada caracterización.

b) Las dificultades propias para el esclarecimiento pueden resolverse a partir de afirmar dos hechos irrefutables: uno corresponde al comprobarse que tanto el derecho político como el constitucional consagran la jurisdicción en el Poder Judicial. Otro, que las funciones similares que realizan otros poderes (Ejecutivo y Legislativo) son aproximaciones resolutivas, pero que tienen, por vía de principio, asegurada la revisión jurisdiccional.

De ello se desprende que también la jurisdicción es una garantía en el sentido de instrumento preciso para la protección de los derechos del individuo. Por tanto, la verdadera función jurisdiccional no debe intelegirse por la mecánica aplicación del derecho objetivo, como sí, para darle el valor y respeto que las normas ponderan al conjuro de un cuerpo orgánico superior. De esta forma, a la

jurisdicción no sólo le corresponde aplicar las leyes, sino controlar su constitucionalidad y fiscalizar la legalidad de los actos administrativos.

c) Dentro de estas misiones específicas se bosquejan dos grandes sistemas: uno denominado jurisdiccional, porque asigna a los jueces la tarea prevista que puede dividirse en magistraturas especializadas (jurisdicción concentrada) y en jueces individuales e indiscriminados (jurisdicción difusa). Y otra política, que organiza instituciones propias para el sistema de revisión y control de la constitucionalidad de las leyes.

A su vez, el sistema jurisdiccional —difuso— tiene diferencias según que los jueces que interpretan tengan plena disponibilidad para deducir sin restricciones (interpretación libre), o bien, deban sujetarse a las orientaciones ya ofrecidas por los tribunales superiores (precedentes obligatorios —*stare decisis*—).

Y también en la distinción corresponde señalar la eficacia que tiene el valor de las sentencias emitidas por los máximos expositores de la jurisdicción de un país, cuando no se admite la doctrina del precedente obligatorio.

En particular sostenemos que el sistema constitucional es el que únicamente puede atribuir obligatoriedad a los pronunciamientos de las Cortes Federales o Supremas de una nación, y jamás, hacerlo el propio órgano judicial a través de sus sentencias. En todo caso, el valor de esos dictados será orientativo y sujeto a condicionamientos por el órgano inferior que lo aplique según las circunstancias del caso.

d) Asimismo, será obligación de los jueces controlar de oficio la constitucionalidad de las leyes, porque esa es labor específica de su misión jurisdiccional, sin que pueda soslayar la obligación por hipótesis emergentes como la ausencia de planteamiento interesado; la cuestión no justiciable; la oportunidad para traer el "caso constitucional", etcétera.

e) Conclusión aproximada merece la diferencia que se traza respecto a las inconstitucionales encontradas que se aplican sólo al caso donde se ventila, porque deviene absolutamente inútil tener que afrontar un nuevo proceso para lograr (seguramente después de mucho tiempo) el mismo resultado que otro ya obtuvo. Si el ideal pretende igualar hacia arriba, como un principio ético para una justicia digna; resolver sobre bases procesales no es respuesta adecuada, porque se despoja el criterio máximo de la superlegalidad fundamental para hacerla reposar en un sofisma inútil como es el efecto singular de la cosa juzgada.

f) Finalmente, los problemas de intelección dependen del método utilizado, a cuyo fin pueden confrontarse en el texto los mecanismos soportes; sin embargo, todos ellos sin distinción deben procurar la eliminación de contingentes separatistas de la causa, tales como las mentadas "cuestiones políticas" o el "derecho de emergencia" que, cuando son invocados, consiguen vulnerar absolutamente el sano equilibrio interactuante de los poderes de un Estado.

3) La importancia de la acción

a) En la dualidad de intereses entre el Estado (que persigue la pacífica convivencia) y los del individuo (satisfacer un interés particular) se ha encontrado un punto coincidente entre el derecho de pedir y el derecho a la tutela jurisdiccional.

Al pertener la acción a los derechos cívicos, esencialmente, como una forma de petición a las autoridades puede colegirse la "constitucionalización" verdadera de esta garantía de ser oído.

b) Pero, actualmente, el derecho de acción se observa, también, como un "derecho a la jurisdicción", de manera que, si por la acción existe el proceso, el desarrollo de éste también sucede por la actividad de las partes, de tal suerte que la acción resulta del conjunto de actuaciones interesadas. Y como en ellas no sólo operan las peticiones y en último extremo la exigencia del derecho, se concluye que "sin el derecho no existe el juicio, y éste no existe sin la acción".

c) Por estas motivaciones el derecho a la acción y su espíritu garantista se refleja en dos momentos precisos: antes del proceso como derecho a la tutela del Estado y, a *posteriori*, como derecho al desarrollo efectivo del debido proceso sustancial.

d) Deben propiciarse fórmulas que eviten estancamientos hacia esta fórmula aperturista del derecho de acción, porque puede comprobarse sin esfuerzos que algunos epígonos de la ciencia procesal son verdaderos frustrantes de los mecanismos que se alientan.

En efecto, la legitimación procesal debe salvaguardar "más al derecho" que servir de instrumento de control del derecho subjetivo. Cuando los valores en juego reportan intereses colectivos debe existir la posibilidad de construir nuevos tipos de tutela, no dejados simplemente al interés material o al estímulo de la iniciativa individual.

En este sentido, los órganos de la jurisdicción constitucional han de concebir una interpretación menos formalista, que es lógica ante la dimensión de los intereses que afronta, debiendo estar por el principio *pro actione* y promover, en consecuencia, la contradicción y paridad entre las partes.

e) La supremacía abstracta necesita de la vigencia operativa. No basta la imposición declamativa de los derechos, ni su presencia sociológica, es preciso reafirmar los postulados dándole a las normas fundamentales el amparo que refuerce la protección que promete.

4) La eficacia del proceso

a) Es evidente, a esta altura de la explicación, que el notable desarrollo de los derechos procesales y constitucionales debían influenciar las particularidades habituales del proceso.

No interesa detenerse ahora en aspectos puramente crematísticos, o en la servidumbre absoluta hacia el orden normativo. Es preciso alcanzar la justicia del caso, asegurando a igual tiempo, los fines tutelares que pone el Estado para vivir en sociedad armónicamente.

El proceso cumple, entonces, una función de servicio, con principios y presupuestos que lo convalidan; pero no puede instalarse en terrenos anegadizos, porque precisamente su vida se desarrolla en la transformación social y a ella debe adecuarse para dar justicia y equidad.

b) Además de los fines antedichos, cobra inusual importancia el "proceso" a desarrollar. No será éste uno cualquiera, sino el "debido proceso", aquél que garantice la efectiva vigencia del principio de legalidad, que admita el acceso sin restricciones, que valore adecuadamente la prueba, y que, finalmente, motive fundadamente la sentencia alcanzada.

c) Para el accionante esta tutela debe resguardar: 1. la garantía del juez predeterminado (juez natural), 2. que asuma su competencia sin desbordes paralizantes (excusamientos indebidos), 3. que dé curso a la instancia judicial a través de la asignación del correspondiente trámite, 4. que satisfaga con prudencia el control de la legitimación procesal, 5. que, en su oportunidad, valore a conciencia y razón las pruebas cumplidas en la litis, 6. finalmente, que produzca una sentencia fundada en derecho y con adecuada constatación de las circunstancias efectivamente comprobadas.

d) Para el demandado, el debido proceso supone no vulnerar el conocimiento correcto de los motivos por los que se lo emplaza; que esa notificación sea personal o le llegue de manera directa; que cuente con la posibilidad cierta de tener asistencia letrada y que la misma sea idónea.

Con relación al encartado en causas penales, este derecho debe salvaguardar el principio de inocencia, de ser informado de la acusación, de dotarlo de abogado, y darle el derecho al silencio, con la prohibición de todo tipo de autoincriminación.

e) Respecto a las garantías que el mismo proceso ha de reportar asientan en la publicidad, porque todo proceso debe ser "de cara al pueblo"; de igualdad ante la ley, que supone el equilibrio de posibilidades, tratamiento y aplicación de precedentes que constaten la identidad entre circunstancias.

El tiempo de la tramitación se incorpora como un derecho, debiendo ponderarse la eficacia del servicio judicial ágil, rápido y efectivo, aun justificando demoras provenientes de la complejidad, del exceso de trabajo, de las dificultades probatorias, etcétera.

f) A efectos de dar respuesta a los postulados que se anticiparon, están los llamados procesos constitucionales y, en particular, el *habeas corpus* y el amparo.

g) El *ombudsman* puede agregarse a este cuadro de instituciones por haber demostrado con clara solvencia ser un buen elemento alternativo para la defensa constitucional.

PARTE TERCERA
VÍNCULOS Y AUTONOMÍAS

CAPÍTULO I

VÍNCULOS ENTRE EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS HUMANOS

47. La protección procesal de los derechos humanos 205
48. Proceso y derechos humanos 207
49. El proceso justo 208

PARTE TERCERA

VÍNCULOS Y AUTONOMÍAS

CAPÍTULO I

VÍNCULOS ENTRE EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS HUMANOS

47. *La protección procesal de los derechos humanos*

¿Cuál es la vinculación más cercana que tienen los derechos humanos con el derecho procesal?

El interrogante puede responderse desde dos perspectivas. La primera enfoca al hombre en su existencialidad con derechos y deberes que le pertenecen por esa sola condición; son derechos que emergen del "jusnaturalismo" y atienden al ser humano en una visión absolutamente estática.

Los derechos del hombre son tantos como principios y presupuestos fundados en su propia condición y son necesarios sin importar, por ahora, cuáles son ellos y qué requisitos necesitan para su vigencia.

Son derechos de la abstracción, alejados de la realidad coexistencial, pero presentes para la ideología que los pondera y en la vigencia sociológica que los realiza.

En verdad, esta forma de captar los derechos humanos no se vincula con el derecho procesal. Esta disciplina considera la operancia efectiva y el desenvolvimiento pleno en el marco de la sociedad donde están inmersos.

La dinámica pone de relieve que tales derechos del hombre se desenvuelven en la relación y, entonces, lo radical del problema se encuentra en la posibilidad del desarrollo sin resistencia ni violaciones.

Es decir, que la formulación de los derechos humanos tiene un signado individual insoslayable, porque hace depender de la condición humana una serie de atributos y reconocimientos que cimentan un conjunto de principios y valores que no requieren de positividad jurídica alguna en tanto le pertenecen por antonomasia.[271]

En cambio, cuando se piensa en el ejercicio, esto es, los derechos humanos en actividad en rigor establecemos la dimensión social del atributo; lo que equivale a decir que tiene un fundamento diverso que razona en igualdad de condiciones

271 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 10, p. 272.

y en límites insuperables. De esta manera, a la posibilidad de ejercicio se contrapone el deber de aceptar ciertos acotamientos, de tal modo que los derechos humanos en sociedad revelan una forma efectiva de adecuar un marco de convivencia.

Así planteado, podemos coincidir en que el tema tiene su asiento en el hombre y en la vida que puede desarrollar en su propia sociedad.[272]

Destaca Gelsi Bidart que estos son derechos que, como todos, "se pueden tener mirando hacia el otro, pero, por su calidad intrínseca, en el otro advertimos, sino algo así como el espejo que nos devuelve la misma imagen: el mismo derecho —humano— que refiero y reclamo, es el que ese hombre tiene igualmente, con el mismo sentido, igual importancia, la misma inalterabilidad".

Concluye así el profesor uruguayo que todo ello

> Indica que lo que se tiene como base, o se individualiza como una consecuencia o un reflejo de lo que es el hombre es en lo fundamental o esencial, no en las diversidades —que también forman parte de su naturaleza misma—, sino en aquello que todos comparten, lo que son todos, es la *humanitas* que se realiza en cada ser humano, que los distingue de todos los otros seres y los aúna en una misma consistencia.[273]

Tales adherencias deducen que la fuente de los derechos humanos no es otra que las necesidades del hombre; son atributos inmanentes, de pertenencia individual que al ser puestos en relación social obtienen reconocimiento.

Ahora bien, la crisis del concepto llega cuando dicho reconocimiento no sucede; cuando el sentido trascendente que por sí lleva el derecho se vulnera por imprecisiones o indiferencias.

Surge el deber de protección. Adviene el derecho procesal como la herramienta indisputable para asegurar el mecanismo de vigencia y como una forma de alcanzar la dimensión positiva de derechos que pueden no ser explícitos (por ejemplo, si no tienen expresa consagración legal y por ello no son reconocidos).

Queda confrontada la vinculación entre el derecho procesal y los derechos humanos. Esos derechos que, siendo intrínsecamente naturales a la condición humana, trascienden por su carácter esencial; pero que, puestos en actividad, destacan la relación que se traba por el diario acontecer, estableciendo deberes de reconocimiento, y consagrando, al mismo tiempo, una tendencia que limita los derechos absolutos en pos de reafirmar la dimensión social del derecho.

La necesaria comprensión de que una sociedad "feliz" depende de la existencia compartida en igualdad de condiciones, posibilitando el disfrute en corre-

272 *Cfr.*, Gelsi Bidart, Adolfo, *De derechos, deberes y garantías del hombre común*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1986, p. 119.

273 Gelsi Bidart, Adolfo, *op. cit.*, nota 271, p. 119.

lación con el derecho de los demás. Así lo recuerda la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuando establece que: "Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad" (artículo 29 inciso 1°).

El pasaje de la consagración dogmática al ejercicio efectivo supone asegurar o garantizar la libertad en el goce de los derechos. Las fórmulas programáticas que sólo tienen un valor espiritual son declamaciones, abstracciones que invaden la esencia que, como opositores al libre desarrollo, deben ser atacadas con instrumentos efectivos que arrecien contra los detractores de los derechos humanos.

Es éste el ámbito de la protección procesal y, a su vez, una forma de organizar la tutela de los derechos fundamentales.

48. *Proceso y derechos humanos*

Ya tuvimos oportunidad de reseñar cuáles son los principales instrumentos procesales que garantizan y protegen a los derechos humanos,[274] de los cuales surge la importancia que ha de asignarse al "proceso", sea como mecanismo de asistencia propia de la reglamentación adjetiva interna, como por las particularidades que le introduzca a cada herramienta singular de protección fundamental (v. gr., procesos de *habeas corpus*, amparo, recurso de inconstitucionalidad, etcétera).

El recurso sencillo y rápido a que aluden las convenciones internacionales depende, en gran medida, de lo que el derecho procesal presente, y a su través, pueda orquestarse la debida protección que se persigue.

Este proceso debe recabar, por señalamientos principistas, el derecho a ser oído por un tribunal competente constituido con anterioridad al reclamo; que la pretensión tenga un tratamiento igualitario respecto de la consideración que reciba la defensa; que el procedimiento a sustanciar sea público con las excepciones que el caso pondere y merezca; que haya plenitud de prueba, tanto en la recepción de los medios como para la atención y valoración de los mismos; y finalmente que ese proceso culmine con una sentencia debidamente fundada, y que de ser consentida por las partes, pueda ejecutarse sin restricciones ni condicionamientos.[275]

En síntesis, el proceso es el remedio ordinario para la protección de los derechos humanos, y puede proyectarse como la auténtica garantía para el correcto y legal enjuiciamiento, sea para los procedimientos comunes (civiles, comerciales, administrativos, etcétera) o para los procedimientos penales; y aun para frenar

274 *Cfr.*, parágrafo 13.
275 *Cfr.*, parágrafo 14.

las intemperancias de los demás órganos que ejercen el poder del Estado, frenando sus autoritarismos despóticos, o controlando el apego de las leyes al principio de la supremacía constitucional. No ha de olvidarse que

> ...una Constitución es, de hecho, y así debe ser vista por los jueces, como una ley fundamental. Por tanto, corresponde a ellos establecer su significado así como el de cualquier acto proveniente del cuerpo legislativo. Si se produce una situación irreconciliable entre los dos, por supuesto, aquél que tiene una superior validez es el que debe prevalecer sobre las leyes, así como la intención del pueblo debe prevalecer sobre la intención de sus agentes.[276]

49. *El proceso justo*

Así como en derecho político y constitucional suele hablarse del tránsito del "estado de derecho" al "estado de justicia", también en nuestra disciplina es posible referirnos a la mudanza del "debido proceso" hacia el "proceso justo".

En verdad no se trata de establecer diferencias cortantes, ni de poner distancias insalvables entre ambas ideas. Se propicia solamente ser más consistentes en una temática que etimológicamente no ha logrado mayores progresos, auspiciando una denominación diferente y, quizá, con algunos aumentos en la dogmática consabida del "debido proceso".[277]

Así como el sistema anglosajón creó la teoría del *due process of law*, que la jurisprudencia norteamericana perfila con suficiente nitidez, logrando un marco de principios constitucionales que operan la validez funcional del precepto; en estas horas interesa adicionar a ese cuadro de esencias validantes, elementos sustanciales que sirvan para afirmar las funciones de control de legalidad, y concrete la función garantista de todo proceso legal.

Está presente en estos pensamientos, la concepción que ve en la acción, además de un derecho de acceso, la potencialidad orientativa para fiscalizar el desarrollo de todo el proceso: el derecho a la jurisdicción.

La prioridad queda emplazada en el derecho a un proceso justo.

¿Qué significa esto para el derecho procesal constitucional y para los derechos humanos?

En primer lugar que el concepto no discrimina la materia que utiliza. Es un término abierto, de base principista, que postula un desarrollo legal sin fisuras rituales, propiciando que se remuevan los obstáculos que puedan encontrar los jueces para desempeñar eficazmente su gestión.

276 *El Federalista*, frase de Hamilton, *op. cit.*, nota 145, p. 235.
277 *Cfr.*, parágrafo 36.

Seguidamente, el *prius* queda entrazado en el deber de interpretación funcional que preserve el destino fundamental de los derechos del hombre, ofreciendo lecturas sin alternancia, es decir, igualitarias, aun cuando puedan estimarse diferencias circunstanciales por la compleja formación de un tejido social y de circunstancias que acompañen su realidad (v. gr.: terrorismo de estado, narcoterrorismo, tráfico de blancas, situaciones de servidumbre o esclavitud latente, etcétera).

El derecho a ser oído queda constitucionalizado y afirmado como un derecho de acceso sin restricciones, postergando, en consecuencia, los repliegues de la legitimación procesal y, en todo caso, dándole cabida en la sentencia, pero nunca en la antesala del proceso.

Predomina en la noción de justicia preconizada la defensa en juicio, lo que significa que ninguna persona puede ser privada de su vida, honor, libertad o propiedad, sin darle oportunidad de ser escuchada en sus razones y mediando una adecuada defensa jurídica que debe prestar un profesional abogado.

Sostiene Morello, quien acuña la noción de "proceso justo" y justifica su posición estandarte, que

> La exégesis de la ley requiere la máxima prudencia, cuidando que la inteligencia que se le asigne no lleve a la pérdida de un derecho, o que el excesivo rigor de los razonamientos no desfigure el espíritu que ha inspirado su sanción (lo que es especialmente aplicable para la normativa procesal pues en ella, y por tales obstáculos, no pueden naufragar los derechos cuya defensa se ejerce y reclama).[278]

Agregando,

> La lucha por destruir los obstáculos o barreras (los de adentro del proceso en sí, en particular la conceptuación del proceso como exclusiva técnica de realización cabal de la defensa en juicio, la demora y la ineficacia en su prestación; y los exógenos que muestran tantas causas sociológicas debilitadoras: pobreza, lenguaje, desinformación, discriminaciones, categorizaciones arbitrarias en el modo de satisfacer la composición (justicia de primera y de segunda), costos (honorarios y peritajes, tasas de justicia irrazonables), conduce hacia un nuevo registro: el del proceso justo, como resultante de los ajustes interiores y del paulatino e intenso derrocamiento de las vallas que impiden el acceso a la jurisdicción.[279]

278 Morello, Augusto Mario, *El proceso justo (De la teoría del debido proceso legal al acceso real a la jurisdicción)*, *cit.*, *passim.*

279 *Ibidem.*

l) Reformulaciones de la demanda cuando se peticiona el reconocimiento de derechos humanos

El encuentro afín entre el derecho procesal y los derechos humanos debe resolver etapas ciertas del procedimiento que aquél establece con la finalidad de evitar frustraciones anticipadas.

Tal es lo que acontece con las formas habituales que la demanda requiere, las que, en nuestro caso en particular, exige profundizar la protección que se reclama en la instancia donde se encuentre.

No tienen ni merecen tratamientos idénticos las formulaciones hechas ante la justicia ordinaria, las que se presentan a los tribunales constitucionales ni las efectuadas ante los órganos de la justicia transnacional.

Es menester conciliar el derecho interno, reglado adjetivamente con los presupuestos específicos que tienen las restantes posibilidades, y en ellos podrá advertirse que persisten dogmas insalvables que deben replantearse.

Por ejemplo, el caso de la "soberanía" invocada para dar preeminencia a las formas locales, postergando el "derecho al recurso sencillo" que postulan las convenciones internacionales.

De similar contextura resultan los supuestos de prejudicialidad que revisten los "casos" que deben atender los magistrados constitucionales reunidos en tribunales de garantías.

En materia de derechos humanos, lo importante será advertir que la protección es genérica y acondicionada a un grupo de principios basados en una interpretación común de aquellos que se entienden como derechos de la humanidad. En realidad, llegar a una intelección general deviene obligatoriamente en la plasticidad necesaria para adjetivar el mecanismo de defensa, pues los derechos humanos no reflejan de ningún modo las condiciones históricas de una sociedad determinada, puesto que los valores que expresan se pueden encontrar, de una forma u otra, en todas las doctrinas políticas, sociales y religiosas.

Cada una de las instancias por las que atraviese la reclamación de la persona podrá modificar su encuadre ritual, pero jamás deberá postergarse el derecho de acceso sin restricciones, como resguardo efectivo del derecho al proceso justo que mentamos.

En orden a las demandas incoadas ante las justicias comunes, va de suyo que debemos hacer remisión a los presupuestos de admisibilidad y procedencia que reseñamos anteriormente, y en particular, detenernos en la postergación que estimamos debe consagrarse respecto de la legitimación procesal como obstáculo al debido proceso.

Luego, en materia de denuncias por violaciones de derechos humanos, el proceso desenvuelve un juicio especial, en el que será propicio centrar el objeto en relación a la violación probable de un derecho del hombre. El proceso ordinario

hasta allí desarrollado en las instancias locales no guarda vínculo con el presente, aún cuando hace de fundamento y estímulo para la decisión particular (individual o estadual) de promover una acción ante el organismo interestatal.

Podría decirse que este último es requisito de procedibilidad en atención a la necesidad de agotar los recursos de jurisdicción interna, pero no tiene más parentesco que ése y recibe en consecuencia un tratamiento diferente. Por ejemplo, el proceso local se agota en la cosa juzgada; y el transnacional no revisa ese mismo litigio, sino que genera uno nuevo donde el objeto será el probable agravio a los derechos humanos.[280]

Por tanto, también puede hablarse del nacimiento de una instancia, si bien independiente y aislada del proceso interno.

Esta concepción admite el desarrollo de un nuevo grado jurisdiccional que obrará en una dimensión de tiempo distinto a las etapas ya traspuestas.

Las demandas ante los tribunales constitucionales también regresan a las cuestiones puramente adjetivas que han sido duramente criticadas por la doctrina especializada.

Es cierto que la cuestión de inconstitucionalidad en el orden civil muchas veces queda influida por la sede procesal donde se promueve, circunstancia que provoca que el estudio de los requisitos de elevación deban realizarse al mismo tiempo que aquéllos que motivan la inadmisión probable por ausencia de requisitos.[281]

En este aspecto frecuentemente se confunde la causa motivada con las condiciones y presupuestos de la acción, por eso, tal como explica Fairén Guillén, la demanda ha de cumplir como uno de sus objetivos, el obtener mediante ella la petición que se ha hecho al Tribunal, sobre el problema de fondo que la motiva,[282] de otro modo pueden parangonarse situaciones disímiles como las que resultan de la falta de fundamentación y la irrelevancia de razones.

2) Los efectos de la sentencia en procesos donde se debate la suerte de derechos humanos

El principio esencial que reside en la jurisdicción constitucional y la transnacional se basa en la interpretación común que tienen los derechos humanos. Sobre este pilar, los valores unitarios suministran un objetivo y una idea principal a la que conviene subordinarse bajo la tutela de un tribunal supranacional.

De todos modos, la generalidad no resulta intrínseca al proceso, habida cuenta de la complejidad y dificultad que tiene todo conflicto de intereses para diluci-

280 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 6, p. 23.

281 *Cfr.*, Marín Pageo, Encarnación, *op. cit.*, nota 251, p. 247.

282 Fairén Guillén, Víctor, *Estudios de derecho procesal*, Madrid, 1955, p. 448.

darse individualmente. Ello importa la consideración de cada caso concreto, de cada situación en particular, y obviamente de una sentencia única e intransferible.

Por eso, aun cuando sea posible hablar de criterios o reglas para la justicia y la equidad, la solución de un proceso por la vía de la sentencia será siempre el resultado de una concreta situación planteada.

La equidad será el equilibrio de lo permeable y contingente que importa la justicia. En rigor, lo que quiere expresarse es que para el hombre no existe la justicia pura, ella no se encarna sino como equidad, cuando la regla de conducta se aplica, se ordena, a la situación concreta planteada.

La razón de un pronunciamiento judicial en materia de derechos humanos no escapa a estas conclusiones, a pesar de las diferencias de estructura que puedan encontrarse respecto de la emitida en una litis ordinaria.

Lo que ocurre es que, analizando los derechos humanos, su alcance y extensión no reconoce distinciones, vale decir que se consideran iguales para todos los hombres, sin hacer excepción por especie, categoría, nacionalidad, etcétera. Esta universalidad de intelección no es abstracta, pues al aplicarse ha de tomar en cuenta las peculiaridades de cada sujeto, ponderando sus contingencias y sus realidades. El trasfondo indica la comunión de ideas y fundamentos. La aplicación práctica muestra, en cambio, la profundidad del enfoque al conjuro de las individualidades.

Las sentencias dictadas por los distintos organismos del derecho procesal constitucional (jueces ordinarios, tribunales constitucionales y organismos supranacionales) guardan diferencias importantes que reciben efectos diversos de acuerdo con las potestades que cada uno ejerza y ostente.

Obsérvese que los clásicos elementos de la jurisdicción (*notio*, *vocatio*, *coertium*, *iudicium* y *executio*), presentes en las magistraturas ordinarias y constitucionales, no están, en cambio, en los tribunales supraestatales.

La *notio* está limitada, tanto como la *vocatio*. La *coertio* se encuentra supeditada a la colaboración del Estado parte; el *iudicium* persiste con algunas discrepancias y, no existe *executio*, propiamente dicho.

El presupuesto de conocimiento del órgano supranacional, por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consiste en determinar si hubo o no violación de algún derecho humano, y en su caso, puede imponer indemnizaciones pecuniarias.

Esta sumisión del objeto procesal a un hecho predeterminado, convierte a la sentencia en un acto condenatorio toda vez que expresará en sentido positivo (dar, hacer), o negativo (no hacer, abstenerse) la obligación a continuar.[283]

283 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "La sentencia en el proceso transnacional", *El Derecho*, Argentina, boletín del 31 de octubre de 1990, pp. 2 y ss.

Sin embargo, y a pesar de las desigualdades, la sentencia transnacional toma sus principios del derecho procesal constitucional, y a él debe respeto y sumisión dogmática.

En realidad, el problema mayor radica en los efectos de la cosa juzgada más allá de la naturaleza jurídica del pronunciamiento.

Los tribunales de garantías tienen al respecto una posición muy singular que difiere de la *res judicata* ordinaria o transnacional.

En efecto, por vía de principio, el tribunal constitucional no interpreta la ley como lo hacen la justicia ordinaria, sino con el único fin de anularla. Decía Calamandrei que "la ley es el *thema decidendum* tanto para la Corte de casación como para la Corte constitucional, ya que ambas juzgan la ley, pero mientras la primera juzga para interpretarla *inter partes*, la otra lo hace para anularla *erga omnes*".[284]

Este efecto "para todos" difiere de las secuencias que trae un pronunciamiento ordinario. También cuando la decisión proviene de un órgano supraestatal.

Si la ausencia de límites subjetivos es la regla en los fallos de la Corte constitucional, no lo es, en cambio, en los otros.

Veamos qué sucede en ellos para luego abordar una extensión de este episodio.

En lo atinente cabe considerar la incidencia que tiene la cosa juzgada respecto a los pronunciamientos, que se hubiese dictado en el orden interno de una Nación Parte.

No siempre la Corte Supranacional aborda la revisión de un proceso, sino que investiga la posible pugna del Estado con el derecho humano al que protege. Por ejemplo, si fuera revisada una litis cualquiera, el control sería sobre la garantía que todo proceso supone, y en la captación adecuada del derecho al debido proceso.

Por supuesto, el análisis importará ingresar de todos modos en la cuestión resuelta por el tribunal ordinario, de tal modo que, por lógico que parezca el criterio anterior, en realidad se estaría revisando la cosa juzgada local.

De ser así es evidente que algunas constituciones tendrían que reformarse para hacer posible mudar el carácter final e irrevocable de las sentencias que emanan de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Tal conclusión enfrenta disposiciones de la Convención Americana con la supremacía de la Constitución local pues si la voluntad del Estado al adherirse al Pacto fue comprometerse a respetar los derechos consagrados en su texto, cualquier apartamiento o desconocimiento a esa voluntad comprometida daría lugar al interesado para denunciar el incumplimiento a los órganos de protección por aquélla previstos.

284 Calamandrei, Piero, *op. cit.*, nota 191, p. 139.

Esta libertad, base de los derechos humanos, es al mismo tiempo absoluta y circunstancial. Si no la interpretamos como absoluta podría ser posible difuminarla por un sinnúmero de causas. Pero, si no la experimentamos al conjuro de sus posibilidades fácticas, le daremos el vacío destino de la abstracción.

En suma, la sentencia seguramente no creará la felicidad; precisamente porque en esencia los derechos humanos no crean felicidad: "implican que cada ser humano debería ser capaz de desear y asumir su libertad como un sujeto responsable"[285] y que haya un Estado que glorifique ese reconocimiento soslayando pruritos que lo enfrenten con su natural y voluntario compromiso internacional.

Volviendo al supuesto de los Tribunales Constitucionales, resta explicar cómo juegan los derechos humanos cuando se desestiman las inconstitucionalidades denunciadas. Si el efecto de la "cosa juzgada" es para todos, quedarían absolutamente descubiertos los "casos posteriores" por su simetría.

Según Cappelletti las decisiones denegatorias no consagran una *res judicata erga omnes*, por cuanto parece difícil poder admitir *a priori* que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y las situaciones subjetivas garantizadas constitucionalmente puedan sacrificarse en interés de la seguridad jurídica. Tanto más —añade— si se piensa que este fin de la seguridad jurídica, al que responde la institución de la cosa juzgada, no es un fin en sí mismo, sino que debe ser el medio para hacer posible la convivencia de los ciudadanos. Por ello, no puede un bien que es por definición fundamental para el ordenamiento, y por tanto para la paz social, sacrificar esta paz, sencillamente porque no la lograría.[286]

En suma,

> Las sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad, no puede tener otra eficacia que la del cierre formal del proceso constitucional, con la consiguiente reanudación del proceso principal en que emergió la cuestión, y la de vincular al juez que la promovió, impidiéndole dudar de la constitucionalidad de la norma cuestionada.[287]

285 Hersch, Jeanne *et al.*, *Fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Barcelona, Serbal-Unesco, 1985, p. 160. *Cfr.*, Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 6, pp. 56 y ss.

286 Cappelletti, Mauro, "Pronunce di rigetto nel processo costituzionale della libertà e cosa giudicata", *Rivista di Diritto Processuale*, 1956, p. 149. *Cfr.*, Marín Egeo, Encarnación, *op. cit.*, nota 251, p. 314.

287 Marín Egeo, Encarnación, *op. cit.*, nota 251, p. 316.

CAPÍTULO II

AUTONOMÍA CIENTÍFICA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y DE LOS DERECHOS HUMANOS

50. El derecho procesal constitucional como ciencia autónoma 215
51. Los derechos humanos como ciencia autónoma..... 220

CAPÍTULO II

AUTONOMÍA CIENTÍFICA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y DE LOS DERECHOS HUMANOS

50. *El derecho procesal constitucional como ciencia autónoma*

Cada vez que una ramificación del ordenamiento jurídico procura escaparse de la unidad en busca de matices que la distingan y permitan hacer de ella un estudio autonómico, inmediatamente aparecen las reacciones tendentes a poner de manifiesto si existe tal posibilidad de independencia y, al mismo tiempo, si el desprendimiento origina perjuicios a la disciplina de la cual proviene la nueva materia.

En estos casos, entonces, es conveniente abordar la problemática sobre la base científica que atienda la estructura, el fundamento y la metodología particular que ofrezca la específica novedad.

Por lo general, se coincide en que el derecho es una necesidad social producto de la convivencia, discrepando, en cambio, en cuanto a la naturaleza de los preceptos jurídicos.

Sostiene García Máynez que

> Las divergencias fundamentales giran en torno al problema que consiste en saber si tales preceptos son normas auténticas o exigencias dotadas de una pretensión de validez absoluta, pero desprovistas, en ocasiones, de valor intrínseco. El tema de la positividad también ha dado origen a largas controversias entre los autores; pues mientras algunos declaran que es esencial al concepto del derecho, otros piensan que entre validez y positividad hay una independencia completa.[288]

En los capítulos que preceden se advirtió acerca de las sustanciales diferencias que plantea el proceso ordinario respecto a los que se destinan a la protección de los derechos fundamentales. Inclusive, la gestión de los Tribunales Constitucionales ingresan una diferencia esencial al no responder al clásico conflicto de intereses, o al más tradicional de la lucha entre partes.

288 García Máynez, Eduardo, *La definición del derecho (ensayo de perspectivismo jurídico)*, México, Universidad Veracruzana, 1960, p. 15.

La composición interna de esos litigios se revela distinta, las partes no actúan con las libertades del trámite ordinario, la sentencia tiene alcances diversos, la finalidad misma reposa en principios de orden constitucional, más que de orden social, aun cuando este objeto pueda ser mediato.

De modo tal que, analizado el derecho desde esta perspectiva, la base de sustentación justifica la independencia de su estudio.

Según GUASP, en idea que compartimos, no se trata de afectar el espacio que otros ya cubrieron, sino de interrogarse sobre el porqué se origina este desmembramiento. Agrega al respecto que

> El fundamento del derecho no puede hallarse en nada que sea sustancialmente jurídico, porque es indiscutible que nada puede apoyarse en sí mismo, sino en otra realidad ajena, la cual, justamente por serlo, es la única que le puede servir de sustentación. Igual que el terreno en que reposan los cimientos de una casa no forma parte conceptual de ella, y sin terreno, no obstante, la casa no podría subsistir, igual el fundamento del Derecho sostiene a todo el edificio jurídico y, sin embargo, tampoco es Derecho propiamente hablando. A la hora de examinar el fundamento del Derecho, no es posible, por ende, dejar de tener en cuenta esa índole, a la vez extrínseca e indispensable, de los conceptos.[289]

La materia que nutre una disciplina debe mostrarse suficiente a dos planteamientos: el de su origen que señala de donde procede, y el de su destino, que pondrá en claro cuál es la finalidad que persigue.

Los primeros suelen desarrollarse desde el punto de vista de los "principios particulares", y el otro hace a su permanencia y susbistencia, por cuanto si los objetivos no resultan precisos, el regreso al tronco del cual se ramificó.

Además, existe un trasfondo insuperable en la teoría general del derecho, por el que toda norma jurídica debe ilustrar una planificación armónica y ser complemento de las demás piezas del engranaje, entendido éste bajo la premisa de la "unidad del orden jurídico".

Asimismo, la télesis de la novedosa aparición debe cubrir las máximas aspiraciones de justicia y pacificación que consiguen la armonía social, principios excluyentes de cualquier sistema jurídico.

La paz se entiende en una dimensión muy amplia, al encauzar la seguridad, la certeza, la legitimidad, entre otras proyecciones; y la justicia, en idéntica circunstancia, se expone como distribución, equidad, mejoramiento, etcétera.

Es verdad que cada una de estas cuestiones son consideradas por el derecho procesal constitucional. Pero su importancia estriba en la posibilidad de orquestar desde ellos un conjunto de valores que motiven la nueva disciplina.

289 Guasp, Jaime, *Derecho*, Madrid, ed. del autor, 1971, p. 290.

La necesidad de verlos positivizados es otra cuestión, porque, en definitiva, ellos ya están presentes, sea en los ordenamientos constitucionales, en los pactos internacionales, en las convenciones transnacionales y hasta en cualquier código adjetivo que eleve las premisas del proceso justo e igualitario.

Los estudios iniciales de Kelsen, contemporáneos con los de Mirkine-Guetzevich, y más tarde Couture no se refirieron específicamente a la autonomía del derecho procesal constitucional; simplemente profundizaron en aspectos importantes del material adjetivo que estaba presente en las leyes fundamentales, y las singularidades que traían los Tribunales Constitucionales.

Sagües precisa el contenido probable, al señalar que:

> Es posible hallar en el derecho procesal constitucional, no solamente normas, sino también hechos y valores. Hay en él, por cierto, una serie de conductas (legales e ilegales, constitucionales y anticonstitucionales) que evidencian actos de poder, de influencia, de mando y de obediencia. Actos políticos y jurídicos. En síntesis, comportamientos humanos, de gobernantes y gobernados; de quienes reclaman justicia y de quienes la brindan (o no). También aparecen normas, algunas expresa o tácitamente insertadas en la Constitución formal; otras, fuera de ella, provenientes del derecho judicial, del legislador común, del derecho repentino o del derecho consuetudinario; la mayoría escritas, pero otras no escritas. Finalmente, hay valores, como los de la justicia, bien común, paz, orden, legalidad, etcétera, que evalúan esas conductas y normas, pugnando para que ambas se adapten a tal plexo axiológico.[290]

La presencia incontrastable de valores, justifica la vigencia sociológica a la que nos referimos oportunamente; también, las normas positivas, engarzadas en los niveles diferentes de la legislación, destacan la autonomía dispositiva; finalmente, los órganos de aplicación agregan un elemento más, aun cuando éste no sea tan preciso como los demás.

Otros autores prefieren indicar la autonomía del derecho procesal constitucional sobre la base del proceso que desenvuelve. Hitters, por ejemplo, dice que esta materia

> Se erige como el conjunto de preceptos que regulan el proceso constitucional; es decir, se ocupa de los engranajes adjetivos que hacen viables las garantías nacidas en los ordenamientos fundamentales. Puede aducirse que él mismo estudia el trámite ritual desde la perspectiva del derecho constitucional, habida cuenta de que, las cartas supremas modernas han constitucionalizado varias instituciones procedimentales dándoles, además, una cierta sistematización.[291]

290 Sagües, Néstor Pedro, "Derecho procesal constitucional y jurisdicción constitucional", *La Ley*, Argentina, 1981-C, pp. 868-869. *Cfr.*, Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 10, p. 106.

291 Hitters, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 86, p. 883.

González Pérez, por su parte, sostiene que el derecho procesal constitucional es el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenidos y efectos del proceso constitucional;[292] definición que parece coincidente con la anterior. Sin embargo, entiende discutible la autonomía, pero ratifica la condición de rama del derecho procesal, por la que deben estudiarse las siguientes cuestiones: el carácter público o privado; el alcance de su valor instrumental y el carácter dispositivo o imperativo de sus normas.[293]

Para Fix-Zamudio la disciplina tiene por objeto el estudio de los instrumentos de garantías, en sentido estricto, "los que han adquirido cada vez mayor importancia, en virtud del convencimiento de que las normas constitucionales, que tradicionalmente y en su mayor parte carecían de medios eficaces para imponerse a sus destinatarios (que generalmente tienen el carácter de autoridades), deben contar con los instrumentos necesarios para obtener su cumplimiento".[294]

Este autor diferencia un sector más nuevo, que llama derecho constitucional procesal, que ocuparía el estudio sistemático de los conceptos, categorías e instituciones procesales consagradas por las leyes fundamentales, esto es, las garantías constitucionales previstas.

Nuestro parecer no difiere en demasía con los anteriores. Apenas bosquejamos cierta diferencia con la distancia que efectúa el maestro Fix-Zamudio, por considerar que tanto las garantías como los procesos constitucionales y los supranacionales están integrados al contenido del derecho procesal constitucional.

Es verdad que la elegante distinción sirve para poner en claro las cuestiones que aborda la materia en ciernes, pero también lo es que, tanto lo adjetivo que regula al denominado "proceso constitucional", como las interrelaciones que se habilitan en otros planos del comportamiento social, se compenetran de un mismo interés que reposa en el absoluto respeto a las garantías fundamentales, que van, incluso, más allá de las expresamente dispuestas en una carta constitucional.

Razonar un "proceso constitucional" significa no variar el sentido uniforme que marca el "proceso" como tal; en este aspecto, la unidad pensada para ellos, en cuanto método que desarrollan, no sufre modificaciones. En cambio, lo constitucional en el proceso determina la calidad del material a desenvolver, y permite observar particularidades respecto a los procedimientos contenciosos habituales.

Por tanto, el proceso como unidad estructural que preserva un trámite razonable se encuentra imbuido de dichos principios constitucionales que le imponen asegurar la protección jurídica de cualquier individuo.

292 González Pérez, Jesús, *op. cit.*, nota 81, pp. 49 y ss.

293 *Ibidem*, p. 53.

294 Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 75, *passim*, y en *op. cit.*, nota 87, p. 193.

Los fundamentos de la ciencia los aportan las "garantías procesales", esto es, la protección práctica de la libertad llevada al máximo de su eficacia;[295] dicho en otros términos, las garantías fundamentales que cimentan la consagración del derecho al debido proceso (o al proceso justo), a la protección de la libertad personal, a la tutela de la intimidad, en suma, al adecuado y responsable catálogo de derechos inmanentes de la persona humana, requieren también constitucionalmente que se reconozca la posibilidad efectiva para desarrollar dichos principios.

Aparece, así, lo procesal como el sistema adjetivo de realización de los preceptos dogmáticos consagrados.

Se desdobla, en consecuencia, el concepto de "debido proceso", interpretado en un sentido sustantivo o material, como principio de razonabilidad; y otro adjetivo o formal, como rito legal de tramitación de los procedimientos.[296]

La franca relación que consiguen las normas procesales con la Constitución muestran, entre otras cosas, cómo el principio de instrumentalidad de las fórmulas adjetivas permite resolver las cuestiones relativas a la operatividad de las normas fundamentales que a través del derecho procesal constitucional "se encarnan en la efectiva vigencia de los derechos y en el eficaz funcionamiento de las instituciones estatales".[297]

Repasada la definición anterior y su distinta terminología, sea como jurisdicción constitucional, justicia constitucional o derecho procesal constitucional, ésta última nos resulta más apropiada.

La teoría organicista que explica la función jurisdiccional de los tribunales constitucionales y desde ella genera la posibilidad de un derecho autónomo prefiere hablar de la "jurisdicción constitucional", criterio que pone de manifiesto la idéntica tarea de control que en el sistema difuso de contralor de la constitucionalidad de las leyes se practica.

En su lugar, algunos optan por el término "justicia constitucional", porque abarcaría tanto un aspecto filosófico radicado en la supremacía de la defensa constitucional; y otro matiz jurídico que se basa en la instrumentación procesal que tienen esos órganos del Estado para hacer efectiva la imposición forzosa de sus decisiones.[298]

La concreción del derecho procesal constitucional habilita para sostener que la denominación de "justicia" o "jurisdicción" constitucional es indiferente, por-

295 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 10, p. 107.

296 Bidart Campos, Germán J., *La Corte Suprema. El Tribunal de Garantías Constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 1984, p. 117.

297 Iribarne, Héctor Pedro e Iribarne, Rodolfo Antonio , *op. cit.*, nota 85, pp. 721-732.

298 En este sentido lo expone Fix-Zamudio. *Cfr.*, García Belaunde, Domingo, "La jurisdicción constitucional como concepto", *Revista Ars Iuris*, México, Escuela de Derecho de la Universidad Panamericana, núm. 3, 1990, p. 43.

que lo importante estriba en afirmar la materia que distingue las funciones realizadas. El ejercicio de la función jurisdiccional, por cualquiera de los tribunales (concentrados o difusos), presume que, efectivamente, harán justicia conforme lo postula el poder-deber de la tarea que se les encomienda.

Definitivamente lograda la autonomía científica de esta materia, cabe remitir al parágrafo 24 para encontrar su estructura y contenido.

51. *Los derechos humanos como ciencia autónoma*

Si el derecho procesal constitucional tuvo dificultades para encontrar su independencia conceptual al tener que imponerse a otras ciencias consolidadas y hallar la ramificación precisa a que pertenece; no ocurre lo mismo con los derechos humanos.

Sin embargo ocurre un hecho verdaderamente curioso. Existen notables estudios que enfrentan la problemática emergente de los horrores de la segunda Guerra Mundial; también, respecto a los instrumentos internacionales que dieron vigencia y operatividad a los llamados derechos de la tercera generación; asimismo, son cuantiosas las elaboraciones sobre los derechos nuevos surgidos de las realidades presentes (derecho al ambiente sano; a la no proliferación nuclear; a la salud; etcétera); como lo son las obras que abordaron la tutela procesal prometida en cada uno de los documentos internacionales y en los organismos previstos en ellos. No obstante, la autonomía no fue clara. Siempre estaba latente la duda sobre si estos derechos del hombre, de la humanidad, de la persona humana, fundamentales o naturales, o cuanta nominación estuvo presente en las calificaciones de la ciencia tenían suficiente entidad para desprenderse del derecho constitucional, del derecho internacional, del derecho procesal (en lo que a ella respecta) o bien, hallar su encuadre en el corte tradicional entre derechos positivos y derechos naturales. Incluso, como enseñanza universitaria tardó mucho tiempo en abordarse.

En Latinoamérica, la Universidad Nacional de Lomas de Zamora creó en su carrera de derecho la asignatura: Derechos Humanos, cuando corría el año 1984, casi cuarenta años después de uno de los acontecimientos históricos más determinante: la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Fue esta Casa de Altos Estudios la primera en conceder a los derechos humanos autonomía científica y, justo es decirlo, sorprendió tanto a los docentes encargados de impartirla que los capítulos del estudio tuvieron orientaciones distintas. Mientras que unos emparentaron a los derechos humanos con los derechos de los desaparecidos por el terrorismo del Estado; otros abordaron los prolegómenos de los instrumentos transnacionales; y fueron más los que enfocaron la teoría desde la visión de las garantías fundamentales.

El camino ha sido largo y fatigoso y quedó demostrado en los parágrafos correspondientes al capítulo primero, de qué manera los derechos del hombre coordinan una amplia gama de atributos, garantías, instrumentos y demás cuestiones metodológicas y fundamentales que inspiran una pertenencia singular.

El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México publicó un trabajo de Germán José Bidart Campos que denominó: *Teoría general de los derechos humanos*, con el que logró perfilar, con la solidez que lo caracteriza, las facetas filosóficas, sociológicas y jurídicas que envuelven la disciplina.

A esta altura, reuniendo estas conclusiones con los fundamentos opinables, claro está, de los desarrollos que formulamos al iniciar esta obra, no tenemos dudas respecto a la autonomía científica de los derechos humanos.

¿Cuáles son, entonces, las fuentes de este nuevo derecho?

En verdad, lo de nuevo hasta puede resultar descalificador, pero, en fin, procuremos dividir los espacios que tienen ellos para deducir la dimensión precisa de su situación científica.

Recordemos que, al efecto, consideramos diferente la calidad normativa cuando la aceptación de los derechos humanos responde a una vigencia sociológica estricta. Es decir, aún sin tener disposiciones constitucionales o legales (leyes comunes) que personifiquen cada uno de los derechos fundamentales y determine su estimación subjetiva, aunque esta omisión no significa que queden fuera del positivismo; su consagración está en el espíritu de los valores, y aun en los derechos implícitos de cualquier ley constitucional.

Por eso, cuando se habla de fuentes la primera referencia es la "Constitución" que con su fuerza e inspiración otorga el derecho a la supremacía de sus principios y postulados (garantistas y orgánicas). El *bill of rights* tan especial que introduce hace las veces de catálogo enumerativo de los derechos del hombre, por eso, tantas veces se confundieron con los derechos humanos.

También los "tratados internacionales" obraron significativamente en la ponderación de los derechos de la humanidad.

Si bien no es uniforme el criterio en torno de esta fuente, toda vez que los "dualistas" persisten en la capacidad jurídica autonómica del Estado sin necesidad de complementar con el orden normativo internacional; a diferencia de los "monistas" que admiten la presencia e integración de los dos órdenes normativos; lo cierto es que los documentos internacionales significaron la verdadera y elocuente demostración de una necesidad que el mundo reclamaba.

Estos tratados y su inmediato problema respecto a cómo ingresan en la legislación interna de los países que signan el convenio llevan a otra fuente ordinaria: las leyes del Estado que mentan el *status* jurídico que le reportan los derechos humanos.

En este aspecto, ha dicho Bidart Campos que

> La legislación sólo incorpora derechos a la Constitución material cuando sus normas escritas alcancen vigencia sociológica. En la relación de la legislación con la Constitución, se hace útil comentar —agrega— que: a) la ley no puede transgredir a la Constitución suprema so pena de ser inconstitucional, por lo que en materia de derechos humanos debe ampliar, reforzar, detallar, reglamentar, etcétera, a los que la Constitución contiene, pero no alterarlos, frustrarlos o disminuirlos aquí aparece la regla o el principio de que la ley debe ser razonable y no arbitraria, porque si es lo último se vuelve inconstitucional; b) adherimos rotundamente a la interpretación que hace prevalecer a los tratados sobre las leyes, desechando tanto la que coloca a las leyes por encima de los tratados como la que equipara a unas y otras en un mismo nivel jerárquico; por ende, aplicamos la ley contradictoria con un tratado (sea anterior o posterior a él) el mismo criterio que acabamos de exponer en orden a la relación entre ley y Constitución.[299]

La misma base de apoyo soporta el derecho consuetudinario con su aporte elemental para la costumbre de los pueblos tan trascendente en los derechos humanos de las minorías étnicas; o de los grupos de aborígenes; o para el derecho a profesar un culto determinado.

La jurisprudencia se agrega a las fuentes inmediatas, salvando ciertas cuestiones de aplicación genérica que obligan, en materia de derechos humanos, a preservar los valores en juego. Se desplaza de alguna manera la subjetividad de los conflictos para dar paso a la generalidad de las situaciones. La crisis de uno esencialmente refleja el padecimiento de muchos y esta contingencia obliga a tener en cuenta la transformación de los pensamientos a partir de una visión solidarista.

Ahora bien, la generalidad de las fuentes permite dividir los campos que la disciplina ocupa. Así como las declaraciones internacionales (v. gr. la Declaración Universal) resumen los dos grandes rasgos que caracterizan la finalidad inmediata, esto es: el conjunto de derechos y facultades sin los cuales un ser humano no podría desarrollar su personalidad física, moral e intelectual. Y la "universalidad" aplicable, sin distinciones de raza, credo, sexo, cultura o nacionalidad,[300] también los demás logran trazar un perímetro funcional para sus respectivas obligaciones.

En efecto, al derecho constitucional le corresponde afianzar el compromiso fundamental en dos aspectos bien precisos: el equilibrio y la armonía entre los poderes del Estado; y la plena aplicación y vigencia de los derechos del hombre.

299 Bidart Campos, Germán J., *op. cit.*, nota 11, pp. 369-370.

300 *Cfr.*, Cassin, René, "El problema de la realización efectiva de los derechos humanos en la sociedad universal", *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, IIJ-UNAM, 1974, p. 397.

Suele encolumnarse en esta parte, la denominada "protección nacional de los derechos humanos", que involucra tanto a la legislación interna (que puede adecuarse a los postulados que promueven los documentos transnacionales, como es la Convención Americana sobre los Derechos Humanos), como a los remedios procesales que aseguren la eficacia de ellos. Es decir, la garantía de tutela y resolución.

Pero esta disciplina no tiene fronteras que admitan establecer derechos particulares. La "universalidad" es la característica, tal como se dijo, y por ello, una de las proyecciones se estaciona en el "derecho internacional de los derechos humanos".

El mecanismo de asistencia procesal pondera una ramificación más: "la protección procesal de los derechos humanos", que lleva a plantear el interrogante acerca de si ella misma no representa una disciplina particular.[301]

Los procesos dispuestos específicamente para la defensa señalan una variable que hay que considerar (por ejemplo, el amparo y el *habeas corpus*, destinados especialmente a la asistencia jurídica de los derechos del hombre), aun cuando reiteramos nuestra adscripción como materias del derecho procesal constitucional.

La sistematización posible de cada uno de los derechos es asignatura pendiente, lo que demuestra el contrasentido de la evolución científica que, reservando su preocupación para los aspectos internacionales y garantistas, ha soslayado una categorización que, de todos modos, puede resultar innecesaria.

No obstante, si pretendemos elucidar una ciencia, tendremos que darle un método de aprendizaje y de enseñanza.

En fin,

> todo ese conjunto de normas ha ido estableciéndose y aumentando, pero no han sido debidamente sistematizadas ni codificadas. Generalmente, las normas se van incorporando a aquéllas que le son más afines y así, aunque respondan al propósito definido de garantizar la observancia de los derechos humanos, incita a pensar si no ha llegado el momento de sistematizar esas normas diseminadas en el sistema de protección de derechos humanos, filosóficamente fundado y elaborado, constituyendo una nueva rama del Derecho, la disciplina jurídica orgánica que explique científicamente sus principios, su contenido, su especial naturaleza y todo lo que puede considerarse propio de una ciencia jurídica de los derechos humanos.[302]

301 En sentido negativo se pronuncia Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *op. cit.*, nota 57, p. 44.

302 García Bauer, Carlos, "¿Puede elaborarse ya una disciplina jurídica autónoma de los derechos humanos?", *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, cit., nota 296, pp. 463-472.