debido proceso.indd 1 14/09/2018 03:29:51 p.m.

debido proceso.indd 2 14/09/2018 03:29:52 p.m.

DEBIDO PROCESO

www.editorial.jusbaires.gob.ar
editorial@jusbaires.gob.ar
fb: /editorialjusbaires
Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]
+5411 4011-1320

Sello Buen Diseño argentino

Debido proceso / Osvaldo A. Gozaíni ... [et al.]; dirigido por Osvaldo A. Gozaíni. - 1a ed . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Jusbaires, 2018.
192 p. ; 22 x 16 cm. - (Estudios de derecho procesal constitucional / Gozaíni, Osvaldo A.)

ISBN 978-987-768-036-2

1. Derecho Procesal. 2. Derecho Constitucional . I. Gozaíni, Osvaldo A. II. Gozaíni, Osvaldo A., dir.
CDD 347.05

© Editorial Jusbaires, 2018
Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Consejo Editorial

Presidenta:
Vanesa Ferrazzuolo

Miembros:
Marcela I. Basterra
Alejandro Fernández
Lidia Ester Lago
Carlos F. Balbín
Silvina Manes
Alejandra García

Departamento de Coordinación de Contenidos

Editorial Jusbaires

Edición: Francisco Berreta; Daiana Fernández
Corrección: Daniela Donni; Mariana Palomino

Coordinación de Arte y Diseño: Mariana Pittaluga
Colaboración en arte de tapa: Esteban González
Maquetación: Carla Famá

La presente publicación ha sido compuesta con las tipografías *Geogrotesque* del tipógrafo argentino Eduardo Manso y *Alegreya* de la fundidora argentina Huerta Tipográfica.

Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

Autoridades 2018

Presidenta

Marcela I. Basterra

Vicepresidente

Alejandro Fernández

Secretaria

Lidia Ester Lago

Consejeros

Silvia Bianco
Vanesa Ferrazzuolo
Juan Pablo Godoy Vélez
Darío Reynoso
Javier Roncero
Marcelo Vázquez

Administrador General

Luis Hernando Montenegro

ÍNDICE

PRESENTACIÓN
Por Osvaldo Alfredo Gozaíni..... 9

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO GARANTÍA DIFERENTE DE LA IMPARCIALIDAD
Por Osvaldo A. Gozaíni (Argentina)..... 11

LAS SENTENCIAS QUE LEGISLAN
Por Osvaldo A. Gozaíni (Argentina)..... 33

IMPACTO DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO
Por Juan Ignacio Lancellotti (Argentina)..... 65

LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LAS LEYES DE AMNISTÍA
Por Juliana Sánchez Vallejo (Colombia)..... 77

LÍMITES AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: CONFLICTOS EN ECUADOR CON LA OPINIÓN CONSULTIVA OC 24/17
Por José Roosevelt Cedeño Macías (Ecuador)..... 93

LA TUTELA EFECTIVA EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES Y LA REPRESIÓN DE ACTOS HOMOGÉNEOS
Por Jorge Balbi Calmet (Perú)..... 109

LA INFLUENCIA DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO CIVIL
Por Paulo José Monteiro Santos Lima (Brasil)..... 123

DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO A LA PRUEBA
Por Oswaldo Ordóñez Alcántara (Perú)..... 135

LA REVISIÓN DE LA COSA JUZGADA LOCAL EN LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
Por Osvaldo A. Gozaíni (Argentina)..... 161

PRESENTACIÓN

En el trabajo publicado por Editorial Jusbaires a comienzos de 2018 presentamos los primeros estudios dirigidos a fomentar un Código Procesal Constitucional para Latinoamérica. La propuesta se argumentó sobre la construcción de estándares provenientes de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que se elaboraron sobre el derecho a la igualdad, con el fin de que no tuviera Latinoamérica modelos distintos para una misma garantía.

No obstante, dichos estudios nos han llevado a algunos replanteos que dieron nacimiento a esta segunda entrega, y que pensamos como parte integrante de la Colección "Estudios de Derecho Procesal Constitucional", la cual damos por inaugurada con la primera publicación.

El debido proceso igualitario no existe cuando se observan los modelos constitucionales y los reglamentos procesales que lo desenvuelven en toda Latinoamérica. La idea de trabajar sobre cada una de las garantías tiene como fin proporcionar una visión auténticamente fundamentada en el principio de igualdad formal y sustancial. Comenzamos por la independencia y la imparcialidad judicial, hoy analizadas como garantías separadas. Posteriormente, proseguimos con un estudio del activismo judicial que permite la emisión de sentencias cuasi legislativas.

El resto de los capítulos señalan el impacto que tiene la construcción jurisprudencial; en primer lugar, en las decisiones transnacionales, especialmente, en las que provienen del control de convencionalidad ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en segundo término, en las que llegan de

debido proceso.indd 9 14/09/2018 03:29:52 p.m.

las cortes constitucionales de Ecuador y Colombia, el Tribunal Constitucional del Perú y el Tribunal Supremo de Brasil.

Luego presentamos dos estudios dedicados a introducir los principios que encontrarán mayor desarrollo en una próxima publicación. Nos referimos a los principios constitucionales del proceso civil y del derecho a la prueba, con su objetivo de encontrar y saber la verdad.

En el cierre nos detenemos en la revisión de la cosa juzgada que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dice no realizar, pero que sin embargo lleva a la práctica al intervenir sobre los procesos internos.

Nuevamente estamos aquí en tiempos de reflexión acerca de temas y problemas que anticipan mayores desarrollos, siempre apegados a este responsable y solidario sello editorial.

Osvaldo Alfredo Gozaíni
Director

debido proceso.indd 10 14/09/2018 03:29:52 p.m.

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO GARANTÍA DIFERENTE DE LA IMPARCIALIDAD*

Por Osvaldo Alfredo Gozaíni

INTRODUCCIÓN

La independencia de los jueces es un presupuesto natural para el ejercicio de la jurisdicción, y se constituye en garantía desde los primeros eslabones que implementaron el debido proceso. Es un resguardo que tiene dos expresiones centrales. Una le corresponde a la *organización política e institucional* del Estado, que no trata una cuestión esencial para este momento; la otra se refiere a la *autonomía orgánica*, es decir, a la libertad que tienen los jueces para actuar en la protección de los derechos y resolver los casos que se someten a su consideración.

El primer aspecto es producto del constitucionalismo liberal que incorporó a la independencia judicial como uno de sus grandes principios, pero tomándolo en su aspecto objetivo; vale decir, como independencia "externa" de la institución, ajena y libre de toda influencia y jerarquía que la subordine.

No se refirió en esta etapa a la posición del juez en su dimensión individual,[1] sino al rol funcional de ellos dentro de un esquema institucional.

---

* Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "La independencia judicial", en *Garantías, principios y reglas del proceso civil*, Buenos Aires, Eudeba, 2016.

1. Por eso, afirma González Granda que: "Como principio político, ha sido fundamentalmente estudiado a partir de sus antecedentes históricos, si bien se ha señalado a menudo que se ha abusado de su aspecto político y de su tratamiento teórico, tratándose como se trata de un principio que es en la práctica donde tiene que manifestar su virtualidad. En definitiva, desde este punto de vista, la independencia de la justicia es uno de los muchos postulados antimonárquicos de la época del establecimiento del Estado burgués de Derecho".
"La historia de la independencia de la justicia empieza a formularse, en efecto, como una reserva a los jueces y tribunales de la función de juzgar, y la pretensión de Montesquieu al formular el esquema de la división de poderes va manifiestamente en

debido proceso.indd 11 14/09/2018 03:29:52 p.m.

Claro está que la independencia política no es un tema procesal en sentido adjetivo, pero se puede vincular al derecho procesal constitucional como un principio estable del debido proceso.

Con esta perspectiva, la autonomía para obrar piensa en una suerte de aislamiento que debe tener el juez para resolver ajeno a presiones o ascendientes; como para evitar que ellas sucedan (causales de excusación y recusación); o para ejercer el cargo que ostenta (intangibilidad de la remuneración y estabilidad en el cargo).

En suma, se trata de garantizar la idoneidad del juez de la causa, con lo cual se promete una actividad justa, igualitaria y equitativa.

Sin embargo, cada característica da una impronta a la actividad jurisdiccional. De este modo, el juez neutral puede ser una persona indiferente y apartada de todo interés que no sea resolver el conflicto a través de la aplicación de la ley, tal como quería el modelo europeo del siglo XVIII; la idoneidad se puede consagrar en ilustración manifiesta y versación acreditada que, aun presente, no asegura que las sentencias estén relacionadas con el sentimiento de justicia; lo equitativo no siempre refleja lo justo, y podría ser más un pronunciamiento distributivo que puramente objetivo; y también la fundamentación de las sentencias, como requisito constitucional, tiene manifestaciones que necesitan explicarse.[2]

Hay, además, un matiz adicional que se fija en la independencia como una cuestión de autonomía en la decisión. Se trata de considerar la eficacia de la sentencia que se pronuncia sin influjos ni subordinación jurídica. Dicho esto como si fuera un problema de tensión o conflicto entre quien resuelve y quien revisa, más allá de la autonomía propia que exige el juez como parte de un poder, el judicial, que no debería ser interferido en sus sentencias por agentes externos.

La cuestión se posiciona en la lectura del significado y alcance que tiene el recaudo de la independencia, formulado en términos de resolver si se trata de una autonomía del poder o si es independencia en el sentido de abstracción (*los jueces son la boca de la ley*), o una calidad especial que los entroniza y hace distintos (como en el despotismo ilustrado).

---

este sentido" (González Granda, Piedad, *Independencia del juez y control de su actividad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 18).

2. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso*, Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 234. Ver también del autor: *Debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017, T. I y II.

debido proceso.indd 12 14/09/2018 03:29:52 p.m.

La diferencia no es baladí en la medida en que los tiempos han cambiado y los paradigmas iniciales que relacionaron la independencia con la autonomía del poder ya no son los mismos. Antes, se medía con relación al control y equilibrio en la actividad y gestión del Estado. Hoy, aun siendo cierta y continua la mención constante de tres factores aislados en la elaboración de la ley, su aplicación y el control de razonabilidad, las posiciones primitivas han mudado.

Lo cierto es que la función jurisdiccional no sigue el camino trazado otrora; si en el positivismo se marcó desde las normas el objetivo del bienestar general, y por eso la voluntad del pueblo era un señorío invulnerable para la interpretación judicial, actualmente el origen de la ley dista de ser una expresión del anhelo popular y lejos está de ser una orientación para la eternidad (la constante adaptación de la ley con reformas constantes no hace más que demostrar la necesidad de legislar a tono con los tiempos, antes que de proyectar ilusiones estériles).

Igual sucede con la independencia entendida como abstracción, que ha suscitado una gran producción literaria a través de la teoría de la argumentación jurídica y de la decisión judicial. En este campo hay planteos diferentes que analizan las circunstancias cuando la sentencia se produce, provocando interpretaciones disímiles según se entienda que la función del juez es un tipo de obediencia al derecho y a las normas; o quienes aducen que, precisamente por ser los jueces independientes, es factible y aconsejable la desobediencia a la ley en contingencias especiales.

FACTORES PARA SER INDEPENDIENTE

En materia estrictamente procesal, la garantía funciona como una herramienta o instrumento que afianza el derecho del justiciable a que su causa sea resuelta sin interferencias.

No hablamos de la imparcialidad del juzgador, porque esta es una garantía procesal que tienen los litigantes para que el juez sea un tercero en el conflicto, con la potestad de resolver la controversia sin darle a uno lo que a otro le priva arbitrariamente. La relación se enlaza con distintas acepciones que tiene la independencia judicial.

debido proceso.indd 13 14/09/2018 03:29:52 p.m.

La más elemental es el sometimiento del juez a la ley; esta sumisión significa tener exclusividad en la función sin que sus pares en el ejercicio del poder puedan actuar u ocupar sus roles.[3]

Esta es una independencia funcional que depende de la estructura jurídico-política del Estado; de allí se desprende si puede o no existir una jurisdicción administrativa de iguales alcances y efectos que la judicial; si el Tribunal Constitucional tiene verdaderas funciones jurisdiccionales; o si los árbitros ejercen o no la potestad de juzgar definitivamente.

En suma, es un tipo de independencia que no se analiza en el concierto de garantías particulares del proceso.

En todo caso,

> … no se trata de la independencia entendida como imparcialidad o apoliticidad (protección al juez de la influencia del poder político la una, y de aquellos condicionamientos políticos que provienen de la sociedad civil la otra), sino de independencia del propio juez dentro del poder judicial estructurado burocráticamente y con un elevado índice de jerarquización.[4]

Las que sí refieren a este modelo son las relacionadas con el juzgamiento propiamente dicho. Independencia representa libertad de criterio con el único límite de la ley. El abuso de esa libertad es la arbitrariedad o el exceso discrecional, los que se corrigen en el marco de las cuestiones constitucionales o las nulidades en el proceso por errores evidentes de juzgamiento.[5]

---

3. El *principio de sumisión a la ley* es un concepto que responde al texto constitucional, por lo que se entiende que la garantía primera de la independencia radica en la exclusividad, en la reserva de la función al cuerpo de los jueces, en la eliminación de cualquier residuo de poder jurisdiccional en manos de los otros dos poderes, significación excluyente que se logra implantar sin excesivas dificultades por lo que se refiere al Legislativo, siendo más costosa la exclusión del Ejecutivo respecto de la función de juzgar (sobre todo porque con relación a la Administración se alza el extraordinario problema de resolver quién debe juzgar a la Administración) (cfr. Muñoz Machado, Santiago, *La reserva de jurisdicción*, Madrid, La Ley, 1989, p. 12).

4. González Granda, Piedad, *op. cit.*, p. 21.

5. Una de las proyecciones que tiene el tema de la independencia de juzgar lo constituye resolver si las sentencias son o no fuentes de derecho. Si la idea es tolerar que la jurisprudencia interpretativa orienta al legislador, no cabría dudas en afirmarlo; pero si el concepto piensa que la misma sentencia es creadora del derecho, la rotunda aseveración puede resultar apresurada. Además, la diferencia constitucional del modelo político es vital para ello, pues un tribunal constitucional tiene más efecto e incidencia para influir en los demás poderes que la sentencia de un juez del sistema difuso que sólo resuelve para el caso concreto. Asimismo, si la jurisprudencia vincula o no a los

debido proceso.indd 14 14/09/2018 03:29:52 p.m.

Despojemos del tema la cuestión que se vincula con la organización institucional donde la independencia puede quedar frustrada por el peso evidente que tienen dentro de ella los poderes Ejecutivo y Legislativo.

Aquí la injerencia se puede manifestar con registros diversos, como el estado de sitio y el condicionamiento de garantías; la amenaza directa sobre el magistrado; la perturbación de sus funciones mediante acciones directas; la participación en la magistratura de siniestros políticos de paso por la función judicial; entre muchas más que no sólo inciden en la independencia funcional sino que impactan en la imparcialidad necesaria del enjuiciamiento.[6]

Son figuras que, con mayor precisión, refieren a aspectos de la independencia de orden interno, las que "amparan a los miembros de la carrera judicial frente a las perturbaciones o intentos de dependencia de los demás órganos jurisdiccionales y de sus propios órganos de gobierno".[7]

Las manifestaciones se pueden dar en una causa concreta o actuar genéricamente sobre el ánimo del juez o tribunal; si es del primer orden, seguramente la imparcialidad quedará afectada; si lo es en el segundo nivel, la restricción debe encontrar respuestas o soluciones en un plano diferente al proceso. Pues es cierto que no se debe confundir independencia con imparcialidad ya que la sentencia, que es el medio donde se concreta el resultado, puede exponer un acto de absoluta imparcialidad en un contexto de ausencia de independencia, y viceversa.[8]

---

jueces jerárquicamente inferiores es también una suerte de pérdida de libertades en la independencia para juzgar.

6. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina acompañó muchas veces la política económica del Estado, pese a la manifiesta restricción a las garantías individuales como el derecho de propiedad. Para ello, supo decir que las facultades del Poder Legislativo ante situaciones de emergencia pueden ejercerse para lograr una avenencia razonable entre los derechos y garantías individuales y el bienestar público (Fallos: 172:21), de manera de impedir que los derechos amparados por aquellas garantías, además de correr el riesgo de tornarse ilusorios por un proceso de desarticulación de la economía estatal, puedan alcanzar un grado de perturbación social acumulada, con capacidad suficiente para dañar a la comunidad nacional. Así, corresponde a los poderes del Estado proveer todo lo indispensable para salvaguardar el orden público o bienestar general, lo que significa atender a la conservación del sistema político y del orden económico, sin los cuales no podría subsistir la organización jurídica sobre la cual reposan las libertades individuales (Fallos: 171:79; 172:21; 243:449).

7. Picó i Junoy, Joan, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1998, p. 31.

8. Ibídem, p. 32. Sostiene Guarnieri que la independencia no es un fin en sí misma, sino un concepto instrumental respecto a la imparcialidad, ambos al servicio de que el

debido proceso.indd 15 14/09/2018 03:29:52 p.m.

Ahora bien, ¿cuáles son esas influencias que pueden impedir la independencia funcional que se reclama como un *prius* de la garantía?

Es en esta área donde residen las dimensiones de la independencia judicial en el proceso. Hay valores subjetivos que pertenecen a la formación cultural y social del magistrado; pueden existir incidencias directas, como la jurisprudencia vinculante que le impide formar criterio con libertad, y también perturbaciones externas, como la influencia de los medios de comunicación o el reclamo social exigiendo ante un hecho singular de interés o trascendencia. Cada una expone un problema particular.

Incluso no se descarta en ellas la pregunta que algún jurista de relieve ha hecho: ¿pueden las malas personas ser buenos jueces?[9]

LA INDEPENDENCIA COMO ABSTRACCIÓN

En ocasiones se piensa al juez con demasiadas fantasías. Se lo quiere ajeno a toda influencia externa como presupuesto esencial para resguardar la eficacia del servicio que presta.

Esta idea cavila en un magistrado con una función inocua: aplica la ley sin mirar a quién, y sin considerar los efectos que produce. La sociedad debe confiar en los jueces por la autoridad que de ellos emana, y por el respeto que merecen.

Decía Calamandrei que

> … tan elevada es en nuestra estimación la misión del juez y tan necesaria la confianza en él, que las debilidades humanas que no se notan o se perdonan en cualquier otro orden de funcionarios públicos, parecen inconcebibles en un magistrado […] Los jueces son como los que pertenecen a

---

juez debe siempre actuar como "tercero" en la composición de los intereses en conflicto, con la ley como punto de referencia inexcusable. Por eso, agrega González Granda, no es, pues, lo mismo que imparcialidad, sino que es un antecedente necesario para que la segunda sea posible, si bien se ha señalado que en situaciones claras de ausencia de independencia institucional no han faltado jueces imparciales, y evidentemente también puede darse lo contrario: jueces parciales en condiciones objetivas de independencia (*op. cit.*, p. 29).

9. Malem Seña, Jorge F., "¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?", en Carbonell, Miguel; Fix Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo (Compiladores), *Jueces y Derecho*, UNAM, México, Porrúa, 2004, p. 31 y ss.

debido proceso.indd 16 14/09/2018 03:29:52 p.m.

> una orden religiosa. Cada uno de ellos tiene que ser un ejemplo de virtud, si no quieren que los creyentes pierdan la fe.[10]

En este camino de claras reminiscencias romanas, el juez (que en el imperio era el único que conocía la ley y podía decirla en sus mandatos, *juris dictio*) acepta que las influencias del medio son posibles, pero las elude con el deber de cumplir el precepto legal, y si la ley no se adapta al contexto, lamentablemente no es su función corregir o encausarla; no tiene posibilidad alguna salvo que se quiera convertir al juez en legislador.

Esta ilación del pensamiento es producto de la desconfianza, a la que tanto apego tienen muchas legislaciones. Por su lado, el juez que quiere afianzar la confianza y mostrarse ejemplar e intachable tiende a alejarse de la sociedad, precisamente, para apartarse de sus estigmas.

En esta consigna hay una parte muy cierta y precisa: la ley fue hecha para cumplirla, y ante el desconocimiento o perturbación, debe el juez ordenar la sanción respectiva y obligar el acatamiento. Pero al mismo tiempo la ley encierra una verdad que se debe desentrañar para ponerla en contacto con la realidad de cada día; por eso es necesario que la sentencia no sea la emisión de un resultado analítico, aislada del contexto.

En resumen, el problema que se afronta es propio de la filosofía del derecho, y puede forjar argumentos políticos y constitucionales que, si queremos reflejarlos en la interpretación de la garantía, hace jugar valores y entendimientos que no son propios de este trabajo. Con ello se quiere decir que tanto la independencia como la imparcialidad no son valores neutros que se reduzcan o simplifiquen para beneficiar a uno u otro.

En realidad, la independencia (también la imparcialidad) que apuntamos en esta perspectiva supone que el juez aplique el derecho, pero que al momento de imponer el orden y la legalidad no se desprenda del tiempo que transita, con sus adaptaciones y las angustias que lo inciden, porque "hacer justicia" es dar a cada uno lo suyo sabiendo y conociendo la realidad que se comprende.

De todos modos, la independencia es un valor reclamado para eludir el compromiso con sucesos ajenos o extraños a la función jurisdiccional.

---

10. Calamandrei, Piero, *Elogio de los jueces escrito por abogados* (traducción de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Ejea, 1989, p. 261.

debido proceso.indd 17 14/09/2018 03:29:52 p.m.

Aunque pueda señalarse como una cuestión abstracta, lo cierto es que en el juicio de ponderación se pondrán en claro una diversidad de sucesos que los romanos llamaban *gravitas*, no en el sentido del desprecio olímpico, sino del adagio por el cual "nada humano me es ajeno".[11]

LOS VALORES PERSONALES

Los valores son condicionantes de la independencia cuando actúan influyendo sobre el ejercicio de racionalidad que implica el acto de juzgar. Una afirmación como esta solamente es posible para quienes asignan al juez la única misión de aplicar el derecho que las partes afirman como propio en una lucha bilateral y ausente de toda influencia externa.

Por ejemplo, un juez puede decretar la excarcelación con el sólo informe de la situación procesal, y haciendo mérito del derecho a la libertad mientras dure el estado de inocencia; pero otro, ante la igualdad del caso, puede mantener la prisión preventiva por razones de seguridad pública. ¿Quién obró con independencia?

También un juez puede pedir una prueba biológica que las partes omitieron, para determinar una relación posible de estado; en cambio, en un entorno idéntico, un magistrado similar sólo se conforma con determinar la verdad que surge del expediente. ¿Cuál de ambos acierta?

En una obra que se ha vuelto clásica, la dimensión del problema se acusa desde una lectura menos ambivalente. Se sostiene que la tesis de la racionalidad judicial no implica únicamente el manejo del razonamiento abstracto, sino también una capacidad para comprender la singularidad del caso concreto, lo cual exige cierto tipo de experiencia del mundo, de empatía, etcétera, que la literatura puede ayudar a poseer. Desde la mirada que realiza Marta Nussbaum, las emociones (o cierto tipo de emociones) no sólo no enturbian la razón, sino que la potencian.[12]

¿Es posible sostener que la aplicación de valores personales en el acto de juzgar empaña o confronta con la independencia judicial?

Evidentemente no, y menos aun se puede afirmar que la sentencia despojada sea mejor para el interés de las partes que litigan, aunque

11. Cfr. Atienza, Manuel, "Virtudes judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho" en *Jueces y Derecho, op. cit.*, p. 23.

12. Nussbaum, Marta, *Justicia poética* (traducción de Carlos Gardini), Barcelona, Andrés Bello, 1997; Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 25.

debido proceso.indd 18 14/09/2018 03:29:52 p.m.

no lo sea para los demás, si es que estos no ejercieron el derecho de estar en el proceso.

Los valores entendidos en la formación social y cultural del juez son causas que impactan en el razonamiento, de forma tal que es inevitable que ello ocurra. Pero argumentar que el uso de esos órdenes de vida llevados a quienes se juzga constituye un abuso que obnubila la libertad de enjuiciar puede ser nefasto. No sólo porque la falta de independencia es una cuestión constitucional que, como tal, se convierte en un caso de arbitrariedad; sino, mejor, para entender que la aplicación de valores propios a conductas ajenas no siempre es positivo y, en todo caso, no es un problema de afectación a la independencia, sino de razonabilidad de la sentencia que se resuelve por la vía de los recursos procesales.[13]

13. Un ejemplo de estas influencias se presenta cuando se debe resolver si la extracción de sangre puede o no ser compulsiva. También cuando se trata de profesiones religiosas que lo impiden. Así, se ha dicho que no puede considerarse reprochable, y menos aún generador de responsabilidad, acudir a la justicia en procura de, mediante su pronunciamiento, obtener certeza sobre el punto debatido y de contornos difusos, para asegurarse un accionar conforme a derecho. No desconozco por cierto la existencia de posturas que, ante problemas de índole bioético como el que sirve de sustrato fáctico a una causa, pregonan la innecesariedad o inconveniencia de acudir a la autorización judicial (voces en este sentido se alzaron, por ejemplo, en ocasión de fallar la CS en la causa "T.S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", del 11/01/01 (*ED* 191-425), en la que una madre solicitó autorización –cuya concesión fue confirmada por el Alto Tribunal– a fin de lograr la inducción de un parto de un feto anencefálico). Hay quienes arguyen, en efecto, que son los médicos, y sólo ellos y en su ámbito de incumbencia profesional, quienes deben tomar decisiones de esta naturaleza prescindiendo de toda judicialización de la cuestión; al no existir norma legal que imponga requerir autorización judicial, cualquier decisión del juez al respecto devendría carente de sustento legal. En este sentido se pronunció Alberto Rodríguez Varela en nota al fallo citado (*ED* 191-425); también el emérito rector de la Universidad Católica Argentina Domingo Basso, "Un caso que no debió ir a la Corte", publicado en *La Nación* del 12/01/01. Pero estas posturas distan ciertamente de ser unánimes: para el caso, dice el maestro Morello en alusión a estos sinuosos problemas de medicina y derecho, que "constituyen genuinos casos adversariales, causas de intereses fundamentales que recaban tutela judicial afectiva; no son cuestiones académicas rotulables de consulta o de índole abstracta o general. Son típicamente justificables y, por ende, definibles por los jueces. Porque aun en el alero de la autorización no mudan su esencia" (*ED* 194-259, comentario al fallo de la SCBA, "B.A. s/ autorización judicial" del 22/06/01). En este caso, que también obedeció al planteo de un conflicto bioético de similares características al presente, aunque al igual que el anterior versó sobre la autorización a una madre para la inducción de un parto, varios ministros exhibieron categóricas reservas con respecto a que el requerimiento jurisdiccional no tenía cabida, que lo rotulado como una "autorización" a ser otorgada por los jueces no suscitaba un debate cabal y

debido proceso.indd 19 14/09/2018 03:29:52 p.m.

Es inmensa la cantidad de ejemplos que se pueden ofrecer para advertir la recurrencia, incluso del propio ordenamiento jurídico, para que el juez utilice criterios valorativos propios sin que ello implique subjetivismo. La simple elección de la pena y su gradualidad; o los estándares que tienen las normas materiales para interpretar el bien común, el orden público, las buenas costumbres, quién es buen padre de familia, etcétera.

A veces es imprescindible echar mano a esa formación, como cuando se juzgan tratamientos inhumanos o degradantes, o para resolver las necesidades que surgen de la justicia social.

Podemos compartir entonces que

> Si la función del juez es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, aplicando la Constitución, el sistema de fuentes y valores contenidos en ellas que sean compatibles con la ética crítica, resultaría que para ser un buen juez, desde el punto de vista técnico, debe resolver los conflictos que potencialmente conoce imbuyendo sus decisiones precisamente de esos valores en todos aquellos casos que fuera menester. Las valoraciones personales ajenas a dicho orden serían entonces inaceptables, y de ninguna manera podrían ser invocadas o utilizadas en ningún caso.[14]

LA INDEPENDENCIA ANTE EL USO OBLIGATORIO DE PRECEDENTES

La jurisprudencia tiene un enorme interés práctico al dar certidumbre y previsibilidad al justiciable. Sin embargo, cuando el precedente es de seguimiento obligatorio tiene el contrapeso de impedir al juez la libertad de interpretación. ¿Conspira ello con su independencia funcional?

A veces la decisión judicial está liberada de ataduras, y cualquiera sea la jurisdicción que intervenga puede realizar una lectura singular del derecho que al caso corresponde aplicar. De suyo, el sistema no impide

---

propio que demandara tal deber por el lado de la función judicial: así, por ejemplo, el Dr. Hitters se pronunció con énfasis por la judiciabilidad del caso, ya que el pedido de autorización judicial apunta a resolver un conflicto; en igual sentido, el Dr. De Lázzari sostuvo la existencia de un "caso concreto", al tiempo que el Dr. Ghione sostuvo que no era indispensable la autorización judicial. Tales opiniones en modo alguno quitan legitimidad a la petición…" (*in re*: "Zarrillo, Osvaldo Pablo c/ Prestaciones Médico-Asistenciales SA s/sumario", CNCom., Sala A, 17 de marzo de 2003).

14. Malem Seña, Jorge F., *op. cit.*, p. 56.

debido proceso.indd 20 14/09/2018 03:29:52 p.m.

que exista un fallo final de los superiores tribunales que fije un criterio definitivo que puede o no ser obligatorio. En cambio, en algunos regímenes esa confianza no existe con tanta libertad, y se condiciona al magistrado a través de las propias leyes y reglamentos procesales.

Con la revolución francesa y los códigos que se dieron en el siglo XIX, especialmente el Código de Napoleón de 1804, la ley era una declaración soberana que no podía cambiarse; solamente el legislador tenía facultades de interpretar la voluntad popular. Incluso, la costumbre no constituía un verdadero derecho sino en los casos en que las normas se remitieran a ella (cfr. art. 17 del Código Civil argentino). Obviamente, en este contexto, la fuerza obligatoria de la sentencia no avanzaba sobre los límites objetivos y subjetivos de la cosa juzgada.

Pero contra esta corriente propia del legalismo francés reaccionó el resto de Europa, sin contar con manifestaciones de los tribunales franceses que reclamaron por una "jurisprudencia constante".[15] Es el tiempo de la "doctrina legal", que permitió, a partir de la reiteración de supuestos analizados sobre puntos idénticos o similares, una guía u orientación de los tribunales superiores hacia los jueces inferiores.

> No se trataba de que los jueces tuvieran la obligación de decidir el caso de la misma manera como se habían decidido casos anteriores. La doctrina legal no era, en ese sentido, el mismo *stare decisis* de la tradición anglosajona. Se trataba, más bien, de obligar a los jueces inferiores a respetar el sentido o significado abstracto (esto es, sin relación a hechos concretos) que la Corte de Casación había dado a una disposición legal de manera constante. Se refería, pues, a un respeto conceptual al sentido fijado para la norma en varias sentencias. En el *stare decisis* anglosajón, en cambio, el énfasis se daba a la idea (más mecánica) de que casos iguales se fallaran de manera igual a los casos ya fallados. En el *stare decisis*, por tanto, había menos necesidad de respetar la tradición interpretativa del caso anterior, pero mayor apremio a decidirlo de igual manera si sus hechos eran análogos. Esto hacía, por ejemplo, que una única sentencia reciente de un tribunal anglosajón estuviera cubierta por la fuerza analógica del *stare decisis*.[16]

Con la casación francesa hasta la elaboración del modelo puro inspirado por Calamandrei, la idea fue que el control de legalidad debía asegurar una exacta observancia y la uniforme aplicación de la ley,

15. López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Colombia, Legis, 2ª ed., 2006, p. 9.
16. Ibídem, *op. cit.*, p. 10.

debido proceso.indd 21 14/09/2018 03:29:52 p.m.

entendidos, precisamente, no como valores diversos o divergentes, sino como aspectos complementarios e integrados de la misma función.[17]

Por su lado, los tribunales constitucionales se ocuparon de la interpretación constitucional provocando una fisura en el poder de interpretación judicial que aún persiste, pues a pesar de la potestad que mantiene la magistratura ordinaria para continuar siendo custodios de la Constitución, no está en las posibilidades del juez europeo la declaración de inconstitucionalidad.

América, por su parte, ha conservado el criterio de mantener en la jurisdicción pura (sedes judiciales) tanto el juicio ordinario como el constitucional, aunque en estos últimos el peso de las sentencias de los tribunales o salas constitucionales influye notoriamente en el seguimiento posterior.

En consecuencia, la existencia de diversos sistemas, en los cuales las fuentes del derecho, la relación entre las diferentes ramas y órganos del poder y el papel mismo de la teoría jurídica son diferentes, hace necesario replantear la clasificación tradicional,[18] que recoge de los códigos sustanciales las reglas de la interpretación y aplicación normativa.

Si antes fue lógico esperar del legislador la creación de las leyes, y dejar sólo en él la potestad de alteración, cambio y, también, la misma interpretación, en la actualidad el protagonismo judicial trabaja sobre bases distintas a las recibidas.

El control de constitucionalidad en materia de normas fundamentales y derechos humanos, como la fiscalización del principio de legalidad,

17. Así explica Michele Taruffo, quien agrega "Como ha sido considerado recientemente, la Casación entiende la nomofilaquia más que como una actuación del *ius litigatoris* que del *ius costitutionis*, privilegiando precisamente las exigencias de justicia del caso concreto sobre aquellas de la uniforme interpretación de la ley. En esta dirección operan diversos factores concomitantes y conexos, que van desde la tendencia de las partes a buscar en la Casación una victoria no conseguida en los grados de mérito antes que la exacta interpretación de la ley, hasta la incapacidad de la misma Corte de dar a la propia función un ordinario desarrollo, privilegiando cuestiones de mayor importancia y elaborando 'políticas de la interpretación' de las normas de significado muy dudoso. En sustancia, no pudiendo elaborar líneas interpretativas generales, coherentes y orgánicas, la Casación transforma su propio rol en el de un tercer juez de la justicia del caso concreto" (Taruffo, Michele, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación Civil*, Biblioteca de Derecho Procesal Nº 2, colección dirigida por Juan Monroy Gálvez y Juan José Monroy Palacios, Lima, Palestra, 2005, pp. 156-157).

18. Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Introducción al Derecho*, Bogotá, Temis, 1994, p. 252 y ss.

debido proceso.indd 22 14/09/2018 03:29:52 p.m.

no admiten hoy distinciones ni sutilezas porque el esquema de fuentes ya no es sumiso a la voluntad del legislador ni al imperio de las normas; todo lo contrario, ellas serán legitimadas con el control de aplicación libre y sin condicionamientos que el juez pueda realizar en cada caso concreto.

Esto no se obstaculiza por la existencia de una interpretación vinculante. Vale decir, no se altera ni afecta la independencia judicial cuando ha sido un superior jerárquico el que ha desenvuelto una sentencia orientativa u obligatoria.

En ambas situaciones, es decir, tanto en la jurisdicción ordinaria como para la Constitucional, y aun entre ellas, es un precedente que deberá aplicarse, teniendo en cuenta que la producción de fuentes puede llegar, incluso, del derecho transnacional.[19]

---

19. Dicha esta conclusión en el marco que vincula la independencia judicial con la influencia en ella de jurisprudencia vinculante; pues nos hemos pronunciado, antes de ahora, sobre lo pernicioso que significa el modelo en el sistema de control de constitucionalidad difuso que caracteriza nuestro país. 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 parece 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 a su saber y entender", sino el que otros le indican que debe utilizar. Si aquel 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 dando efectos retroactivos a la ley individual que aplica al presente?
En la pirámide ideal que Kelsen imaginó, 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 lo 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 a resolver y que inspira la sistemática del "precedente obligatorio", no se

debido proceso.indd 23 14/09/2018 03:29:52 p.m.

INDEPENDENCIA Y GRUPOS DE PRESIÓN

Con énfasis singular ha dicho Berizonce que

> El necesario fortalecimiento de la independencia judicial exige el frontal rechazo de todas las formas de presión provenientes de grupos sectoriales (políticos, económicos, nacionales y multinacionales, organizaciones ilegales), cuando de modo agresivo interfieren la función judicial.
> Al mismo tiempo la explosión de los *mass media* desafía igualmente la independencia judicial, especialmente cuando obstaculizan y perjudican la labor de los jueces. El ejercicio legítimo de la misión informativa, para el fiel conocimiento por la opinión pública de la actuación de la magistratura, apuntala la función judicial, lo que requiere la instauración de relaciones formales e institucionalizadas con los medios masivos de comunicación.
> La constatación de la presencia de estos fenómenos y su interferencia en la misión de los jueces ha puesto en evidencia, también, las diversas reacciones tendientes a salvaguardar la libre convicción judicial que es garantía insustituible para los ciudadanos.[20]

Estas afirmaciones se nutren de una meditada reflexión crítica sobre el impacto negativo que tienen los grupos de presión sobre la magistratura. No se trata de impedir que ellos formen una opinión sobre el aspecto que los convoca, sino de imposibilitar que el juicio pretenda incidir en la calificación de los hechos y la subsunción del derecho que es una tarea pura y estrictamente técnica, despojada de animosidades.

Pero también se propicia lograr que el juez consiga apartarse de esa perturbación a su independencia; de aislar el juicio de los medios de comunicación del que corresponde a una situación objetiva concreta.

El silencio forzado tampoco es una solución, pues el derecho de todos a formar una opinión sobre el caso puede y debe orientar para la toma de decisiones sensatas y prudentes. Esto es, sin actuar reactivamente y bajo el impulso de la presión que la influencia provoca.

---

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 (Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Respuestas procesales*, Buenos Aires, Ediar, Segunda parte, 1999, p. 341 y ss.).

20. Berizonce, Roberto Omar, "Recientes tendencias en la posición del juez", en Berizonce, Roberto O. (Coord.), *El juez y la Magistratura (Tendencias en los albores del siglo XXI)*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 54.

debido proceso.indd 24 14/09/2018 03:29:52 p.m.

Ahora bien, el dilema a resolver está, una vez más, entre consentir que las sentencias judiciales se apoyen en los sentimientos sociales que transmiten los grupos de presión o los medios de comunicación, o resistirse a ellos exigiendo que la decisión sea la aplicación de las normas sin más reporte de situación que la que el caso ofrece.

De algún modo es el péndulo que va desde los sentimientos (abstracciones) a la legalidad (concreciones), sin encontrar un punto de equilibrio al estar siempre en el vaivén de las especulaciones.

Se ha hecho evidente que entre el periodismo y la justicia hay visiones distintas. España, entre tantos países con el mismo conflicto, ha querido resolver con leyes este marasmo que oscila entre abusos informativos y derechos emergentes.

El derecho a la información, en sus tres dimensiones de investigar, conocer y difundir, con el límite de los derechos a la intimidad, el honor y la imagen, se ha constituido en un estándar. De este modo, la protección individual se asegura una cobertura mínima que el juez no tiene. Otra vez el espejismo del cuarto poder aparece en los pasillos de los tribunales y pone zonas claras y oscuras que el magistrado difícilmente puede eludir.

El tema de fondo, entonces, considera si la independencia se ensombrece para dejar paso a lo que se ha llamado "justicia mediática". Las respuestas son esquivas y posiblemente intolerantes. Algunos reclaman controlar la situación con regulaciones que establezcan una censura; otros piensan que las autocontenciones son mejores.

Cualquiera sea la opción hay una realidad incontrastable: hoy las cosas de la justicia son públicas pese a lo privado de las controversias. Aquella frontera entre derecho público y privado no resiste el impacto de los medios de comunicación.

Ello se advierte con extrema facilidad al comprobar que los debates de la Cámara de Senadores se difunden en el canal del Senado; que algunos juicios orales se transmiten "en vivo y en directo"; y que hasta los reclamos judiciales o las denuncias pueden ser interpuestas *online*.

Por eso, la independencia judicial no se puede leer con el cartabón habitual del constitucionalismo. La función social que se reclama de los jueces no lleva a suponer que ellos la evadan o la tornen inexistente. De hecho, son múltiples las manifestaciones que dan muestras suficientes de la adaptación permanente de las sentencias a la realidad donde se insertan.

debido proceso.indd 25 14/09/2018 03:29:52 p.m.

EL JUEZ AMIGO

Otro aspecto a considerar es cuanto refiere a la "independencia personal" del juez para el ejercicio de su función.

Para relacionarlo con los principios procesales, vale decir, para que se vinculen con la función jurisdiccional propiamente dicha, es preciso desagregar algunos temas que también se encuentran dentro de la autonomía exigida por mandato constitucional.

Una de ellas es la forma en la que se designan jueces y otra, la remoción de magistrados, que sólo de manera indirecta o refleja, impactan en las garantías de la independencia funcional del magistrado, aunque correspondan a la autonomía necesaria del Poder Judicial. Lo primero tiene variadas expresiones donde se debate sobre la democratización del sistema electivo dando participación a cada uno de los poderes del Estado, hasta aquellos que no quieren ninguna intervención, propiciando la elección de magistrados con un Consejo de la Magistratura.[21]

El problema restante puede ser producto de un mal desempeño sistemático o individual, pero de tamaña importancia como para actuar la remoción.[22]

Los demás aspectos, señalados en la estabilidad del cargo y la intangibilidad de la remuneración, también son extensiones de la independencia del Poder Judicial, pero pueden afectar la serenidad imprescindible que se requiere para juzgar.

Sólo con esta perspectiva pueden residir entre las garantías procesales.

Dentro de estos dilemas aparece la estabilidad de los jueces en el cargo que desempeñan. Dice la Constitución Nacional Argentina en su artículo 110:

> Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones.

La primera parte concreta la garantía de estabilidad; la segunda, la intangibilidad de la remuneración. Ambas son opciones

21. Díaz, Clemente A., *Instituciones de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, T. I, p. 196.

22. Ventura, Adrián, *Consejo de la Magistratura. Jurado de Enjuiciamiento*, Buenos Aires, Depalma, 1998.

debido proceso.indd 26 14/09/2018 03:29:52 p.m.

constitucionales que la jurisprudencia de la Corte avaló en todo tiempo y circunstancias, pero no significa que sean baluartes de la independencia, sino reaseguros de ella.

La estabilidad, en nuestro país, depende de la buena conducta; como tal, es un estándar carente de parámetros claros y precisos. Por eso, una misma conducta puede teñirse de subjetivismos que la envuelvan o admitan el conjuro de las circunstancias donde se produce.

Suele ocurrir que una decisión judicial se considere incursa en la causal de mal desempeño, cuando otras iguales no tengan esa valoración, sencillamente porque no han sufrido el devenir de la justicia mediática, tal como se entiende al sometimiento que tiene el Poder Judicial al enjuiciamiento sumario de quienes se presentan como representantes de la sociedad, devenidos en defensores de una moral que confunden o desconocen.

Hay dos tipos de causales de destitución que se deben diferenciar: por un lado, las vinculadas al *mal desempeño* o *mala conducta*; por otro, la comisión de delitos, ya sea en el ejercicio de funciones o que se trate de crímenes comunes.

En el mal desempeño en sus funciones hay demasiada generalización; ello condiciona la actuación del órgano de control, llevándolo a la necesidad de requerir pautas más objetivas o precisas.

Observemos que esta simplificación se puede reducir en breves expresiones jurisprudenciales. La Corte dice, por ejemplo, que

> La remoción por mal desempeño procede cuando se acreditan graves actos de inconducta o que afecten seriamente el ejercicio de la función, dado que la buena conducta se presume como garantía.[23]
>
> Reconociendo también que, cuando se pretende actuar como causal de destitución de un magistrado, no es un concepto que pueda ser aprehendido bajo fórmulas sacramentales o inflexibles, porque su configuración depende de una conducta grave, que trascienda el desempeño de la función y que, como tal, debe ser prudentemente ponderada por el juzgador, al punto de poder quedar claramente de relieve la ineptitud del magistrado para continuar ejerciendo el cargo con que fue investido.[24]

23. CS, Fallos: 310:2845, "Fiscal del Estado Dr. Luis Magín Suárez s/formula denuncia. Solicita jurado de enjuiciamiento y sus acumulados /Juicio político a los miembros de la Corte de Justicia de San Juan", 29/12/1987.

24. CS, Fallos: 329:3221, "Boggiano, Antonio", 16/08/2006.

debido proceso.indd 27 14/09/2018 03:29:52 p.m.

Dicha imposibilidad de reconocer objetivamente cuándo hay o no una conducta ejemplar deriva en esa consigna residual, como la entiende la lectura judicial del problema.

Asimismo, la carrera judicial complica el principio de conservación del empleo con el de estabilidad en la función alcanzada; por ejemplo, si un magistrado llega por vía electiva o a través de concursos a un cargo superior, considera de inmediato que la permanencia en el sitio sólo depende de su buena conducta; en cambio, no hay que ir muy lejos para mostrar diferencias significativas. Por ejemplo, en Uruguay, la estabilidad es propia de la jerarquía que se tiene (juez), pero no para mantenerse perpetuado en la función lograda, pues si era un muy buen juez de primera instancia puede no ser tan bueno en la cámara de apelaciones, de manera que, más allá del problema remunerativo, la instalación en el lugar donde mejor se desempeña es la garantía que tiene el justiciable para reconocer la eficacia del servicio.

Con ello se quiere demostrar que la independencia no se altera cuando al juez se lo reubica en un cargo de menor jerarquía, si es que no ha sabido demostrar idoneidad y aptitud para desempeñarse en esa función. Lo que no se puede afectar es el empleo.

De este modo, el principio de la independencia personal se concreta en los sistemas de nominación y designación. No obstante, dejan afuera las cuestiones relacionadas con la promoción, ascensos, reubicaciones funcionales, etcétera, que solamente son reglamentaciones del trabajo a cumplir.

Sabemos que no es esta la opinión más generalizada. Por ejemplo, María Angélica Gelli sostiene que

> La inamovilidad comprende tanto la permanencia del magistrado en la función judicial, como el grado y la sede de su juzgado y está protegida frente a los poderes Ejecutivo y Legislativo quienes no pueden ordenar el cese de los magistrados, excepto el Congreso en caso de que decida la remoción de algún integrante de la Corte Suprema.[25]

Por su lado, Alvarado Velloso afirma que

> … la inamovilidad protege a los jueces no sólo contra la remoción, sino que resguarda también la sede y el grado que ocupan estos magistrados. Ello significa que no pueden ser trasladados de un lugar a otro, como tampoco

25. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2ª ed., 2003, p. 761.

debido proceso.indd 28 14/09/2018 03:29:52 p.m.

pueden ser "ascendidos" o "retrogradados" en sus cargos, excepto que obtengan un nuevo nombramiento siguiendo los mecanismos o procedimientos descriptos en la Constitución.[26]

También Prieto Castro ha señalado que con la garantía de inamovilidad se intenta asegurar la permanencia en el cargo y en el puesto concreto, evitando que el gobierno pueda destituir de sus cargos, trasladar de sus puestos o jubilar de sus funciones a los jueces y magistrados de modo arbitrario y, en caso alguno, el suspenderlos en el ejercicio de aquellas.[27]

LA REMUNERACIÓN DEL MAGISTRADO

La compensación que recibe el juez por el desempeño de su tarea es intangible; ello significa que no puede disminuirse por ninguna causa. ¿Es este un principio que garantice la independencia?

Seguramente, lo que se pretendió con la imposición constitucional fue que el juez pudiera "vivir de su trabajo", en atención a que resignaba muchas otras posibilidades laborales, a excepción del ejercicio de la docencia. Pero ampliar la dimensión del precepto a límites inasibles ha traído muchas complicaciones e interpretaciones disímiles que se exponen en la propia consideración jurisprudencial.

Para un sector de la doctrina, la intangibilidad de los salarios no es un valor absoluto, pese a la expresión del artículo 110 constitucional que señala la imposibilidad de disminución en manera alguna.

Se argumenta que la norma debe armonizarse con el resto de las disposiciones fundamentales para evitar que puedan crearse situaciones de privilegio o de indebida preferencia, ofreciendo a algunos lo que a otros se le niega. De este modo, se autoriza a cada Estado provincial para que reglamente con modalidades propias.

Pero este criterio se enfrenta al que la Corte tradicionalmente sostiene, y que se apoya en un amplio sector de analistas.

En efecto, la opinión contraria estima como "valor absoluto" lo dispuesto en el artículo 110 de la Constitución Nacional, de modo tal que,

26. Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 19 y ss.

27. Prieto Castro, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal. 1ª parte: Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1952, T. I, p. 315.

debido proceso.indd 29 14/09/2018 03:29:52 p.m.

entre múltiples causas, apuntala la prohibición de disminuir la remuneración cuando se afecta la asignación del cargo, o los rubros que integran la remuneración, incluso el adicional por antigüedad, o cuando se pone término por edad a la función.

El principal fundamento está en que los haberes o sueldos de los jueces están formados por la sumatoria de los rubros que por toda clase de conceptos integran la remuneración. La solución contraria consagraría la violación de la garantía aludida y permitiría abrir el camino de la dependencia del Poder Judicial, porque la irreductibilidad del estipendio de los magistrados no está solamente encaminada a un beneficio personal o patrimonial, sino también al resguardo de la institución del Poder Judicial, de cuya esencia es la independencia.

La importancia que se asigna al salario judicial quedó reflejada en la causa "Bonorino Peró", cuando el Alto Tribunal, integrado por conjueces, dijo que tenía igual jerarquía que el Poder Ejecutivo y el Congreso, por lo cual estaba obligada como cabeza y titular del Poder Judicial, e incluso en ejercicio de sus poderes implícitos, a conferir operatividad, en causa judicial, a la garantía de intangibilidad de los sueldos de los jueces.

Se trató de un expediente donde varios magistrados, por la vía del amparo, denunciaron la alteración de sus percepciones como consecuencia de la inflación reinante y la pérdida del valor adquisitivo de la remuneración.

La pretensión se resolvió favorablemente; se adujo que el restablecimiento del valor económico de prestaciones afectadas por la inflación no agraviaba ninguna garantía de funcionamiento de los poderes del Estado, de manera que, con mayor razón, debía repararse el detrimento a la garantía constitucional.[28]

28. CS, Fallos: 307:274, "Bonorino Peró, Abel y otros c/ Estado Nacional", 15/11/1985, *LL* 1986-A-3. También se dijo que: "La intangibilidad de los sueldos de los jueces es garantía de independencia del Poder Judicial, de forma que cabe considerarla, juntamente con la inamovilidad, como garantía de funcionamiento de un poder del Estado, de modo similar a las que preservan a las Cámaras del Congreso, a sus miembros y a los funcionarios incluidos en el art. 45 (antes de 1994) de la Constitución; tal garantía está conferida en común al 'órgano-institución' y al 'órgano-individuo', no para exclusivo beneficio personal o patrimonial de los magistrados, sino para resguardar su función en el equilibrio tripartito de los poderes del Estado, de forma que la vía abierta en la causa no tiende sólo a defender un derecho de propiedad de los actores como

debido proceso.indd 30 14/09/2018 03:29:52 p.m.

Para así resolver, se recordó que en el precedente "Medina" se había señalado que la Constitución Argentina es más enfática que la de los Estados Unidos en cuanto a la prohibición de que se disminuya la compensación de los jueces, porque en ella se agregó que tal disminución no puede realizarse "en manera alguna", especificación que no está en la cláusula análoga de la Constitución de aquel país y que "significa la prohibición absoluta de hacerlo, cualquiera sea la forma que se busque, directa o indirecta, por rebajas o por impuestos".[29]

Concluye diciendo:

> Si el salario del juez no está amparado como su permanencia en el cargo, desaparece la seguridad de su inflexibilidad, de su rectitud; su libertad de juicio puede vacilar ante el temor, muy humano, de que la retribución se reduzca por el legislador hasta extremos que no le permitan cubrir su subsistencia y la de los suyos.
> Inglaterra como Estados Unidos, demuestran con la independencia absoluta del Poder Judicial que existe en ambos países, cuánto es verdad en ellos la libertad política y el derecho personal y entre nosotros mismos ha podido apreciarse desde 1853 hasta la fecha, el propósito firme de ratificar con los hechos, el enunciado del art. 96 de la Constitución Nacional.
> Por eso ahora, cuando por primera vez surge la posibilidad de que una ley especial afecte aquel principio [se refería a la aplicación de la Ley 11.682 de Impuesto a las Ganancias], es deber ineludible ratificar conceptos y decir con el eminente Chief Justice Taney: "El Poder Judicial es uno de los tres grandes departamentos del Gobierno creados y establecidos por la Constitución. Sus deberes y atribuciones están especialmente determinados y por su naturaleza exigen que este departamento goce de la más absoluta independencia de los otros departamentos y a fin de colocarlo fuera del alcance y aun de la sospecha de cualquier influencia, la atribución de reducir sus compensaciones es apartada del Congreso excluyéndose de sus poderes de legislación".[30]

---

particulares y a título privado, sino a la ya referida garantía de funcionamiento independiente del Poder Judicial, cuya perturbación la Constitución ha querido evitar al consagrar rotundamente la incolumidad absoluta de las remuneraciones judiciales".

29. Fallos: 176:3.

30. Ídem.

debido proceso.indd 31 14/09/2018 03:29:52 p.m.

LAS SENTENCIAS QUE LEGISLAN

Por Osvaldo Alfredo Gozaíni

INTRODUCCIÓN

Actualmente se debate en distintos niveles (políticos, sociales, académicos, y en el propio ámbito jurisdiccional) si las sentencias pueden resolver, de manera directa o indirecta, conflictos que excedan el marco del juicio donde se presenta una determinada situación jurídica.

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

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

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

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

debido proceso.indd 33 14/09/2018 03:29:52 p.m.

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

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

LA OMISIÓN LEGISLATIVA

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

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

En consecuencia, este es el marco de la exposición y el planteo de un tema que necesita ver en sus antecedentes y evolución las razones que llevan al estudio particular. Se necesita estructurar una teoría de la sentencia constitucional que impida asimilar la construcción con la simetría de las sentencias comunes pues contienen principios y presupuestos diferentes.

debido proceso.indd 34 14/09/2018 03:29:52 p.m.

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

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

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

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

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

El dilema fue dar ubicación institucional jurisdiccional; su estructura fue naturalmente resistida por la autoridad parlamentaria que veía sesgada su función creadora, y la administración la observó como un esquema de intromisión y obstáculo.

1. Sagüés, Néstor Pedro, "El juez constitucional como legislador positivo", *Jurisprudencia Argentina* 2010-III-12 (número especial).

debido proceso.indd 35 14/09/2018 03:29:52 p.m.

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, p. 12.

debido proceso.indd 36 14/09/2018 03:29:52 p.m.

JURISDICCIÓN Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

debido proceso.indd 37 14/09/2018 03:29:52 p.m.

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

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

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

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

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

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

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

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

En las cuestiones abstractas de inconstitucionalidad la función interpretativa era propia del sistema, pero en el control difuso, la mera

debido proceso.indd 38 14/09/2018 03:29:52 p.m.

inaplicabilidad no se consideró suficiente y comenzaron a darse sentencias que *descifraron* el texto constitucional, o *integraron* la norma aplicada dándole una referencia aditiva a su alcance originario.

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

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

Suele llamárselas como "modulación de los efectos de las sentencias", porque con la disposición, además de interpretar y actuar el rol funcional que tienen jueces y tribunales constitucionales, también condicionan la aplicación de una ley, o integran su contenido o sustituyen frases alterando el sentido, etcétera.

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

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

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Constitución local establece expresamente en el artículo 113 que

> … la declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior.

debido proceso.indd 39 14/09/2018 03:29:52 p.m.

En la provincia de Río Negro, también la Norma Fundamental regula en el artículo 208. Abrogación:

> Cuando el Superior Tribunal de Justicia, en juicio contencioso, declara por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de un precepto materia de litigio contenido en una norma provincial o municipal puede, en resolución expresa dictada por separado, declarar abrogada la vigencia de la norma inconstitucional que deja de ser obligatoria a partir de su publicación oficial.
> Si la regla en cuestión fuere una ley, el Superior Tribunal de Justicia debe dirigirse a la Legislatura a fin de que proceda a eliminar su oposición con la norma superior. Se produce la derogación automática de no adoptarse aquella decisión en el término de seis meses de recibida la comunicación del Superior Tribunal de Justicia quien ordena la publicación del fallo.

También la provincia de Tierra del Fuego, en el artículo 159 sobre declaración de inconstitucionalidad, establece:

> Cuando el Superior Tribunal de Justicia declare por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de una norma jurídica materia de litigio, podrá resolver la suspensión de su vigencia en pronunciamiento expreso dictado por separado, el que será notificado en forma fehaciente a la autoridad que la dictara y dado a conocer en el diario de publicaciones legales dentro de los cinco días de emitido.

En la misma línea, la provincia del Chubut, siempre hablando del texto constitucional, sostiene en el artículo 175: "Cuando el Superior Tribunal de Justicia declara por dos veces consecutivas a tres alternadas la inconstitucionalidad de una norma legal, esta deja de tener vigencia a partir del día siguiente a la publicación oficial de la sentencia definitiva".[4]

Pero hay otras sentencias que legislan con el sentido y alcance que tiene crear la norma. Hay legislaciones que las autorizan, y por ejemplo, permiten a la Corte Constitucional que dicte de manera provisional una medida que cumpla con la omisión o negligencia del poder encargado de legislar.[5]

4. Cfr. Esperanza, Silvia L., "Las sentencias constitucionales y el efecto 'erga omnes'. Adaptabilidad de la 'teoría de los juegos'", en Gozaíni, Osvaldo A. (Coord.), *Proceso y Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 2009, p. 251 y ss.

5. El art. 436 inciso 10 de la Constitución de Ecuador dispone que la Corte Constitucional puede "declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma

debido proceso.indd 40 14/09/2018 03:29:53 p.m.

A veces, la legislación indirecta se produce con el "activismo judicial" que, en casos concretos, ordena aplicar una política presupuestaria no prevista (por ejemplo, que un municipio invierta en hospitales o en salud), o que deroga un proyecto sustituyéndolo por otro que considera constitucionalmente prioritario, o bien, cuando el juez (difuso) o tribunal (concentrado) suple la inactividad legislativa u ofrece un remedio propio a la laguna legislativa, entre otros casos que debemos analizar con más detenimiento.

Fallos como el de la inconstitucionalidad del Concordato suscripto entre Colombia y la Santa Sede; la despenalización del consumo de la dosis personal; la legalización de la eutanasia; la protección del derecho a la inviolabilidad parlamentaria de los congresistas; la inconstitucionalidad de la normatividad reguladora del sistema UPAC; la inexequibilidad de la prohibición de aumentar salarios de los funcionarios del Estado o la inconstitucionalidad de la jurisprudencia del Consejo de Estado relativa a la acción de nulidad, han originado una avalancha de críticas por el desmesurado protagonismo y el gran activismo de la Corte Constitucional de Colombia.[6]

LAS SENTENCIAS LEGISLATIVAS EN EL MODELO DE JURISDICCIÓN CONCENTRADA

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

En efecto, el estado de Veracruz-Llave modificó su Constitución Política en el año 2000 para ser pionero en la inclusión de medios de control constitucional local, entre otras acciones. Prevé la figura de la acción por

total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley".

6. López Daza, Germán Alfonso, "El Juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿Un gobierno de los jueces?", en *Memorias del Primer Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional (en homenaje a Héctor Fix Zamudio)*, 26, 27 y 28 de julio de 2010, Bogotá, p. 174.

debido proceso.indd 41 14/09/2018 03:29:53 p.m.

omisión legislativa, siendo competente la sala constitucional para estudiar y elaborar un proyecto de sentencia informativa al pleno del Tribunal Superior de Justicia para su resolución definitiva. Esta entidad limita la acción a los casos en que se estime que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que esto constituya violación a la Constitución, confiriendo legitimación para promoverla al gobernador del estado y a cuanto menos la tercera parte de los ayuntamientos, otorgando un plazo de dos períodos de sesiones para expedir la ley o decreto en cuestión.[7]

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

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

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

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

En Bolivia existe el recurso de inconstitucionalidad por omisión, el cual si bien no está dentro de la Constitución, fue desarrollado por el otrora Tribunal Constitucional (hoy Tribunal Constitucional Plurinacional) aunque limitado al caso de omisiones legislativas parciales.[8]

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

8. Rivera Santiváñez sostiene que la configuración procesal adoptada en Bolivia no prevé expresamente este recurso como vía para denunciar la inconstitucionalidad por omisión, dado que esa lectura se debe a una incorrecta redacción del texto del art. 120-1ª de la Constitución y el art. 54 de la Ley Nº 1836 del Tribunal Constitucional,

debido proceso.indd 42 14/09/2018 03:29:53 p.m.

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

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

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

Se ha hecho notar que esta norma emplea impropiamente el término *injunção* (*injunction* del derecho anglosajón), que significa "prohibición judicial". En cambio, el *writ of mandamus* es una orden dirigida a una autoridad para que cumpla un deber impuesto legalmente, para cuyo ejercicio no existe norma reglamentaria.

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

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

---

que restringe esa posibilidad. El recurso procede contra toda ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, lo que excluye la posibilidad de plantear una acción contra la omisión legislativa que genere una inconstitucionalidad (Rivera Santiváñez, José Antonio, *El recurso de inconstitucionalidad en Bolivia*, Sucre, 2002, p. 123 y ss.).

debido proceso.indd 43 14/09/2018 03:29:53 p.m.

Corte desecha cargos de inconstitucionalidad por omisión absoluta ya que, según esta, no tendría competencia.[9]

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

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

A partir de la implementación de la tesis de la omisión legislativa relativa en combinación con la posibilidad de dictar sentencias manipulativas e integradoras bajo la interpretación del principio de igualdad, se ha logrado equiparar situaciones análogas que podrían dar lugar a la inconstitucionalidad primigenia del precepto. De tal manera que si por un lado se piensa que la Corte puede inmiscuirse en funciones y labores que le corresponden al legislador, desde otra óptica la opción de dicho tipo de control se explica como una forma de darle curso al principio de conservación de la ley, mediante la integración y corrección del precepto y no mediante un fallo de inconstitucionalidad que sería más oneroso en términos de legislación.

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

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

debido proceso.indd 44 14/09/2018 03:29:53 p.m.

LAS FUENTES DE CREACIÓN DE DERECHOS Y LA LEY

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

Claro está que en esa actividad hay un principio no escrito, casi una regla omnipresente por la cual, cada vez que se deba señalar una cuestión de constitucionalidad, habrá que recordar la "cortesía constitucional" o la "deferencia razonada", que consiste en que los órganos del Estado se deben un respeto y cortesía mutuos, actuando en sus recíprocos ámbitos competenciales en que cada uno debe tomar decisiones con autonomía, no entrometiéndose en las competencias privativas de otro órgano constitucional.[10]

Por otra parte, en el proceso de interpretación constitucional en Cartas Fundamentales estructuradas bajo el principio democrático, los operadores e intérpretes jurídicos de la Constitución deben presumir la buena fe y constitucionalidad de la obra del legislador y demás operadores jurídicos, salvo que de dichos enunciados normativos no sea posible extraer ninguna interpretación que sea conforme con la Carta Fundamental. Este es el principio constitucional de conservación normativa, conservación del derecho o de presunción de constitucionalidad de los actos legislativos que busca evitar la eliminación o desmantelamiento del ordenamiento jurídico de textos que pudieran ser interpretados en algún sentido en conformidad con la Constitución. Este principio junto con preservar el ordenamiento jurídico busca también asegurar y garantizar la mayor certeza y seguridad jurídica para sus destinatarios. La inconstitucionalidad sólo debe ser determinada cuando una norma jurídica en ninguna interpretación legítima es conforme a la Constitución.[11]

Entre la sentencia que resuelve creando derechos y aquellos que se obtienen con las leyes, existe una vieja polémica que anida en la determinación de las fuentes. Antes de la Revolución francesa era aceptada la pluralidad, que Max Weber sostenía como resultado de la tradición,

10. Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones sobre la sentencia Rol nº 464-01-006 del Tribunal Constitucional Chileno", en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 4, Nº 1 (2006), Universidad de Talca, p. 437 y ss.

11. Ibídem, pp. 438-439.

debido proceso.indd 45 14/09/2018 03:29:53 p.m.

sea ya porque así se comportaban los antepasados o porque la conducta obedecía a reglas ejemplares.

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

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

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

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

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

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

Esto significa que la función jurisdiccional se va ampliando, la normatividad interna se enriquece con la normatividad supranacional que no se identifica entre fronteras ni se recorta a los límites territoriales. Así como Europa asume que es una Unión que trasciende lo

debido proceso.indd 46 14/09/2018 03:29:53 p.m.

económico, también América Latina se unifica con el sistema que trae la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

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

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

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

De algún modo, esa fuerza de gravedad que los jueces quieren aplicar a sus fallos es contraria a la discrecionalidad (confianza) que pondera la construcción de las sentencias, pero la discrepancia no supone dramatizar el rol del juez activo o creador, sino tan sólo poner de

debido proceso.indd 47 14/09/2018 03:29:53 p.m.

relieve que los pronunciamientos que quieren legislar transgreden el principio de la división de poderes.

Quizás, en el fondo, sea cierta la afirmación de Dworkin respecto a que esta discusión se asienta sobre bases puramente dogmáticas, porque

> … en un sentido trivial los jueces *crean una nueva ley* cada vez que deciden un caso importante. Anuncian una disposición, principio, calificación o elaboración que nunca había sido declarada antes en forma oficial […]. El derecho existe como un hecho evidente, en otras palabras, y lo que es el derecho de ninguna forma depende de lo que debería ser. ¿Entonces por qué a veces abogados y jueces parecen tener un desacuerdo teórico sobre el derecho? Porque cuando parecen disentir en forma teórica sobre lo que es el derecho, en realidad disienten sobre lo que debería ser. Su desacuerdo es sobre cuestión de moralidad y fidelidad y no sobre derecho.[12]

SENTENCIAS INVASORAS DE LOS DEMÁS PODERES DEL ESTADO

Trabajemos sobre dos situaciones distintas: a) caso donde el juez debe resolver sobre la constitucionalidad de una ley (acción de inconstitucionalidad), y b) caso en el que el juez analiza un problema singular sin norma expresa que aplicar.

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

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

Si la sentencia pone plazos para la adaptación, el conflicto de competencias y poderes es posible.

La disputa se da en dos niveles: el de la *autoridad implícita de la sentencia*, que pierde consistencia cuando quien debe acatarla la desconoce

12. Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2ª reimpresión, 2005, p. 19.

debido proceso.indd 48 14/09/2018 03:29:53 p.m.

por omisión de cumplimiento; y el del *obligado a ejecutar la decisión*, que de someterse a lo resuelto pone en crisis sus propias competencias.

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

a. *Cuando se declara la inconstitucionalidad y se deja al orden normativo sin marco legal de referencia*. En este caso, la declaración sólo resuelve sobre la norma. El legislador queda expectante, pero no está obligado a actuar en el déficit.
b. *Cuando se declara la inaplicabilidad al caso concreto*, avisando al legislador el vicio de constitucionalidad, sin imponer más que esa advertencia.
c. *Cuando se declara la inconstitucionalidad y se ordena reglamentar* sobre las pautas que la decisión profiere (llamadas sentencias exhortativas de delegación). Aquí el legislador tiene un deber que, de no cumplir, algunos autorizan a que sea el tribunal quien lo haga.
d. *Cuando se pone de relieve una inconstitucionalidad sobreviniente*, dejando a la norma en "pausa" (inaplicable) hasta que el legislador cubra la carencia encontrada por el tribunal.

En los casos a) y b) la actuación jurisdiccional sólo cumple el deber de "decir el derecho"; mientras que en c) y d) provoca lo que Olano García llama "bloqueo de aplicación",[13] que por su trascendencia e impacto en el régimen normativo, no siempre recibe beneplácito general pese a la prudencia que supone asignar tal efecto provisional a las sentencias constitucionales.

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

Para graficarlo, veamos algunos ejemplos de jurisprudencia local. En Argentina, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Halabi"[14] dispuso que

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

14. CS, Fallos: 332:111, "Halabi, Ernesto c/ PEN, Ley 25873 y Decreto 1563/04", 24/02/2009.

debido proceso.indd 49 14/09/2018 03:29:53 p.m.

> Frente a la falta de una ley en nuestro derecho que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase –en el caso de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos–, el art. 43 de la Constitución Nacional es operativo y es obligación de los jueces darle eficacia cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular, pues donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido, principio este del que ha nacido la acción de amparo, ya que las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para su vigencia efectiva.

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

Esta modalidad, cuando se utiliza en los derechos individuales homogéneos, es decir, cuando el problema de afectación es de uno y de todos otros que se pueden individualizar (para nosotros son derechos de incidencia colectiva, a diferencia de los derechos difusos que son de personalidad indeterminable), no sufren reticencia ni agravio porque se usan con el efecto expansivo de la cosa juzgada, que algunos prefieren llamar *erga omnes*, aunque no sea tal.[15]

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

También en el resonado caso "Verbitsky",[16] la Corte Suprema de Justicia nacional resuelve sin declarar la inconstitucionalidad de

15. Gozaíni, Osvaldo A., "Sobre sentencias constitucionales y la eficacia 'erga omnes'", *LL* 2007-D-1242.

16. CS, Fallos: 328:1146, "Verbitsky, Horacio", 05/03/2005.

debido proceso.indd 50 14/09/2018 03:29:53 p.m.

precepto alguno para adaptar la legislación a los cánones del campo transnacional, en particular de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso "Instituto de Reeducación del menor vs. Paraguay"), para sostener que ella no puede permanecer indiferente ante la gravedad de la situación de las cárceles de la provincia de Buenos Aires, a cuyo fin decide

> … exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y la legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales.

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

El caso "Beatriz Mendoza"[17] es una muestra sensible de cómo se legisla con la sentencia. En este expediente se presentan diecisiete personas que reclaman contra el Estado nacional, la Provincia de Buenos Aires, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las cuarenta y cuatro empresas que se encuentran en la ribera de la cuenca del río Matanza - Riachuelo, pretendiendo una indemnización en dinero y la recomposición del daño ambiental.

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

La Corte decidió no aplicar los institutos de índole procesal de comprobada eficacia como los concernientes al litisconsorcio, a la intervención de terceros y, en general, a los procesos con pluralidad de partes legitimadas a fin de extender los efectos de las sentencias que se dicten (considerando 17), para aducir que

17. CS, Fallos: 329:2316, 20/06/2006.

debido proceso.indd 51 14/09/2018 03:29:53 p.m.

> La presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que según se alega en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará del resarcimiento. La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales.
> 19) Que para la prosecución de estos objetos procesales, no existe la información adecuada, ya que la demanda no ilustra al tribunal aspectos esenciales sobre la cuestión litigiosa. El escrito introductorio tampoco se basa en estudios actualizados, ya que se remite a publicaciones periodísticas o a informes presentados por diversos organismos hace varios años. En cuanto al bien que la demanda denomina "reversible", se pretende la creación de un fondo público que ascienda, como mínimo, a quinientos millones de dólares, para atender a la recomposición del ambiente y la satisfacción de las indemnizaciones. Sin embargo, no se aporta ningún elemento serio que permita fundar esa decisión por parte de esta Corte Suprema. En cuanto al bien que denomina "irreversible" las demandantes peticionan el pago de una suma de dinero en concepto de daño moral colectivo. Se pretende darle una finalidad satisfactiva y se pide una obra que implique un disfrute para la comunidad, pero no se aporta ningún elemento que permita identificar cuál sería esa obra y cuáles sus beneficios satisfactivos…

Pese al marco de incertidumbre que reconoce, el Alto Tribunal dispuso requerir al Estado nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la Ciudad de Buenos Aires y a un organismo más que en el plazo de treinta días y en los términos de la Ley N° 25675 presentaran un plan integrado que contemplara varios requisitos:

> 1) Un ordenamiento ambiental del territorio (arts. 8, 9 y 10). 2) El control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas (art. 10: "teniendo en cuenta los aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales,

debido proceso.indd 52 14/09/2018 03:29:53 p.m.

económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional, deberá asegurar el uso ambientalmente adecuado de los recursos ambientales, posibilitar la máxima producción y utilización de los diferentes ecosistemas, garantizar la mínima degradación y desaprovechamiento, y promover la participación social en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable"). 3) Estudio de impacto ambiental de las cuarenta y cuatro empresas involucradas, y si no los tuviera, los requerirá en forma inmediata. 4) Un programa de educación ambiental (art. 14: "La educación ambiental constituye el instrumento básico para generar en los ciudadanos, valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado, propendan a la preservación de los recursos naturales y su utilización sostenible, y mejoren la calidad de vida de la población"). 5) Un programa de información ambiental pública a todo el que la requiera, especialmente los ciudadanos del área territorial involucrada (art. 16: "Las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan. Todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada"; art. 18: "Las autoridades serán responsables de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre él puedan provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas. El Poder Ejecutivo, a través de los organismos competentes, elaborará un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso de la Nación. El referido informe contendrá un análisis y evaluación sobre el estado de la sustentabilidad ambiental en lo ecológico, económico, social y cultural de todo el territorio").

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

La doctrina más autorizada señaló:

> La justicia se ha anticipado a los poderes políticos, en particular al ejecutivo, que sigue sin desarrollar las políticas necesarias para abordar la cuestión. Ello, tiene una incidencia directa en el casi nulo ejercicio del poder de policía en la materia que redunda en una falta de control de las

debido proceso.indd 53 14/09/2018 03:29:53 p.m.

> actividades y de prevención del daño ambiental. También cabe destacar la falta de reglamentación de las leyes de presupuestos mínimos que ha sancionado el Congreso, a pesar de los plazos perentorios, ya cumplidos en algunos casos desde hace años, que ellas prevén para esos fines. Todos estos aspectos, junto a otros, están en la base de la demanda judicial que da lugar a la sentencia que se comenta.[18]

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

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

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

SENTENCIAS COMUNES QUE SE PARECEN A LA LEY

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

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

La complejidad es distinta a la que tienen los derechos civiles y políticos, porque los derechos sociales mantienen una estrecha relación

18. Sabsay, Daniel A., "La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la sustentabilidad de la cuenca Matanza - Riachuelo", *LL* 2006-D-280.

debido proceso.indd 54 14/09/2018 03:29:53 p.m.

con la política económica que, de algún modo, los vuelve dependientes de las erogaciones presupuestarias.

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

En el caso "B., R.E.",[19] la Corte resolvió reglamentar la Ley N° 23798 de Lucha contra el SIDA, facultando a la Policía Federal a incluir dentro de sus exámenes de salud, la detección obligatoria del virus HIV, aun con prescindencia del consentimiento individual. Esta es una sentencia integrativa que no polemiza más que con el derecho a la intimidad y privacidad de la persona concernida.

En los casos "Beviaqcua"[20] y "Monteserrín"[21] se decidió integrar el derecho vigente con los estándares provenientes de los instrumentos internacionales de derechos humanos, dando relevancia al interés superior del niño que necesita una protección y asistencia especial, eludiendo así todo conflicto de competencias o deberes entre organismos responsables de la atención.

Lo dicho fue que la Ley N° 23661 instituyó el Sistema Nacional de Salud con los alcances de un seguro social "a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica". La finalidad de la ley ha sido organizar un marco de asistencia sanitaria desde una concepción integradora, en el cual la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema, cuyo objetivo fundamental es mejorar el nivel de calidad disponible garantizando toda la eliminación de toda forma de discriminación.

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

En el "Programa de Atención para familias en situación de calle" creado por el Decreto N° 690/06 del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se dispuso, atento al principio de no regresividad, no

19. CS, Fallos: 319:3040, "B., R. E. c. Policía Federal s/ amparo", 17/12/1996.

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

21. CS, Fallos: 324:3571, "Monteserrín, Marcelino c. Estado Nacional – M.S. y A.S.", 16/10/2001.

debido proceso.indd 55 14/09/2018 03:29:53 p.m.

aplicar una norma que pusiera al afectado en una situación más desfavorable en relación con la que cursa en la actualidad.[22]

Este asistencialismo (justo y necesario en ocasiones) se transmite también cuando se pronuncia que

> En el caso, corresponde confirmar la sentencia apelada mediante la cual se concedió la ampliación de la medida cautelar anteriormente otorgada y se ordenó al Gobierno de la Ciudad que adoptara las medidas que estimara necesarias con el fin de garantizar –hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo– el alojamiento de la actora y su grupo familiar, a través del pago necesario de una locación u otro medio adecuado al fin perseguido teniendo en consideración que se ha demostrado que el medio elegido por el Gobierno de la Ciudad para cumplir con la medida oportunamente dispuesta no resulta actualmente adecuada para solucionar la situación de emergencia habitacional de la familia amparista. En efecto, considerando que actualmente el subsidio primigeniamente otorgado por el Gobierno de la Ciudad a fin de cumplir con lo ordenado oportunamente ya no resulta suficiente para garantizar el acceso de los amparistas a una vivienda digna, la decisión recurrida no configura más que una medida tendiente a que se dé cabal cumplimiento a la tutela precautoria previamente dispuesta. [23]

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

Estas, para su despacho favorable, deben cumplir con los recaudos legales generalmente exigidos, los que en determinadas circunstancias bastan con la notoriedad del hecho alegado. Por ejemplo, ante una acción colectiva de prevención y protección contra el dengue, se resolvió en el ámbito específico del amparo como derecho a la tutela judicial rápida y expedita, que la cautelar debía obrar como un sistema normativo de respaldo a la lucha contra dicha enfermedad; de modo tal que se ordenó al Gobierno de la Ciudad que mediante los organismos competentes, arbitrase las medidas necesarias para erradicar el mosquito *aedes aegyp-*

22. Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario, "V. C. L. c/ GCBA y otros s/ amparo", 03/06/2009.

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

debido proceso.indd 56 14/09/2018 03:29:53 p.m.

ti transmisor del dengue, en las villas y asentamientos de la Ciudad de Bueno Aires a través de los mecanismos técnicos que sean necesarios.[24]

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

Un meditado estudio que tomamos como referencia informa que hay tres tipos de casos; 1) los *individuales*, que son generalmente de fácil implementación; 2) los casos *colectivos medianos*, que pueden acarrear algún grado de dificultad pero tienden a implementarse y; 3) los casos *colectivos estructurales*, que generalmente se enfrentan con niveles de dificultad superiores en el acatamiento.[25] La diferencia la trazan en la complejidad del conflicto y en el número de afectados, ofreciendo explicaciones sobre resistencias y realidades que mueven al incumplimiento de las decisiones más abarcativas y de oneroso presupuesto.

Precisamente por esa falta de ejecución, proponen que

> Como piso, serían necesarios jueces extraordinarios, preocupados por construir y reforzar su propia autoridad en el caso y que sean conscientes de que en el cumplimiento de sus decisiones está poniéndose en juego la propia autoridad y legitimidad del poder judicial. Se requiere su compromiso para lograr los resultados que sus sentencias pretenden y diseñar procedimientos que contemplen las necesidades de cada una de las situaciones que se enfrentan en cada uno de los casos. En nuestro sistema judicial, esto implica jueces fuera de lo común. Si el juez es formalista o se abraza al diseño perimido de los códigos de procedimientos vigentes que no han incorporado concepciones de acceso a la justicia acordes con la reforma constitucional de 1994, la implementación pierde posibilidades de prosperar. En estos casos, los jueces necesariamente deben instituir procedimientos *ad-hoc*, si bien permitidos dentro de su margen de acción, no necesariamente prescriptos y mucho menos, obligatorios. Los jueces, se encuentran frente a situaciones novedosas para la función judicial en las que se sienten inseguros respecto del curso de acción a adoptar y –en su mayoría– muestran una marcada resistencia a desarrollar una actividad intensa en un contexto de ausencia de regulación y ante procesos que rompen el paradigma de la actuación judicial tradicional. Esta actitud se

24. Juzgado de Primera Instancia Nº 12 Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "Fundación Madres de Plaza de Mayo c/ GCCBA s/ amparo (Art. 14 CCABA)", 28/04/2009.

25. Sigal, Martín; Morales, Diego y Rossi, Julieta, "Algunas consideraciones iniciales sobre la implementación de sentencias de derechos sociales en Argentina", disponible en: http://www.escr-net.org/usr_doc/Morales,_Sigal_y_Rossi_-_Argentina.pdf

debido proceso.indd 57 14/09/2018 03:29:53 p.m.

> profundiza en los jueces más conservadores quienes se sienten desorientados y reacios a experimentar y establecer mecanismos de su propia autoría que van contra los principios del derecho procesal histórico. Con el actual ordenamiento procesal, estos jueces sienten que cumplen con su función a pesar de hacer poco y nada para lograr la efectiva implementación de sus decisiones y actuar sólo a instancia de parte. Más aún, sienten que comportarse de otra manera iría contra los límites que vislumbran para la actuación del poder judicial.[26]

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

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

LA EXCESIVA DISCRECIONALIDAD CUANDO SE REALIZA CONTROL CONSTITUCIONAL

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

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

26. Ídem.

debido proceso.indd 58 14/09/2018 03:29:53 p.m.

ridad. El poder no nace de la norma, sino la norma del poder (algo ya anticipado por Hobbes en el *Leviatán*).[27]

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

Por supuesto que el positivismo resiste a ultranza esta posibilidad. Los estudios más modernos argumentan que

> El modelo del mundo sin reglas no tiene nada que ver con la moral o la política; sino con la autonomía de la persona que se trata de organizar dentro de un cierto orden y con sujeción a ciertos parámetros normativos y éticos. Por ello, toda la idea jurídico-política de Schmitt pivota en torno a la idea de excepcionalidad. Pero la excepcionalidad no es más que la exasperación de lo que típicamente se llama una situación especial, lo que en el pensamiento alemán se ha denominado *Ernstfall* y que pudiera traducirse por caso serio o caso límite.[28]

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

Al respecto, Laporta sostiene:

> En la solución del *hard case* el decisor no está solo frente al caso concreto y toma una medida radicalmente original, sino que se encuentra rodeado de ciertas pautas normativas que pretenden regular el caso *ex ante* y, por tanto, predeterminar la decisión. Por eso, en este modelo se puede mantener rotundamente que se está dentro del universo del imperio del derecho. Estas pautas son los principios, y son, como digo, pautas normativas y vinculantes. Lo que ocurre es que no son reglas, sino otra cosa que se debe distinguir: esto es la distinción entre norma y regla.[29]

Tomando este rumbo toda solución para casos difíciles convierte en un riesgo la aventura de juzgar. En un proceso bilateral y contradictorio como el nuestro, cualquiera sea el pronunciamiento, siempre uno estará desconforme. Por eso, cuando la sentencia quiere extender sus efectos más allá del reducto de las partes, tiene que

27. Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 176 y ss.
28. Laporta, Francisco J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, p. 123.
29. Ídem.

debido proceso.indd 59 14/09/2018 03:29:53 p.m.

tener muy en claro si existe posibilidad de aceptación (cumplimiento) y, en su caso, cuando opera sobre lo incierto por inexistente (vacío legal, omisión inconstitucional, sentencias interpretativas, etc.), la cobertura reglamentaria desde la sentencia no puede tomarse como una contingencia del proceso.

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

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

Ejemplos:

1. Si se inaugura un hospital desmantelado y sin equipos, los recursos humanos quedan inoperantes más allá de las atenciones básicas y de urgencia. No es función del juez ordenar la adquisición de insumos o la provisión de maquinarias, sino intimar para que ello se haga de mediar expresa petición de parte afectada (poderes conminatorios de la jurisdicción).
2. Si la Constitución establece entre las garantías el derecho a la protección de los derechos difusos, como el ambiente o el patrimonio cultural o artístico, no es función del juez reglamentar la omisión de la ley ausente; tan sólo podrá advertir que es inconstitucional la omisión o la rémora legislativa.
3. Si la Constitución asigna derechos prestacionales (vivienda digna; estabilidad laboral; protección a la familia; seguros sociales, etc.) ellos no son más que derechos subjetivos públicos destinados a ser satisfechos por la ley o por la administración mediante gestión presupuestaria; no puede el juez convertir en

debido proceso.indd 60 14/09/2018 03:29:53 p.m.

un derecho exigible de tipo singular porque de hacerlo revierte la organización institucional.[30]

4. Cuando se cuestiona una ley por inconstitucional, la declaración sobre ella debe versar únicamente sobre el llamado "conforme", mas no tolerar excesos de la jurisdicción que menoscaben las competencias de los pares en el ejercicio del poder.[31]

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

31. Una preocupación constante del Tribunal Constitucional español, según Gascón Abellán, es su empeño por separar rigurosamente los problemas de legalidad y de constitucionalidad, y esto al menos en dos sentidos. De un lado, el Tribunal recuerda que su función no es la de sustituir al Parlamento, que goza de una innegable libertad política; no es, por tanto, la de fijar la mejor interpretación de cada precepto constitucional, sino tan sólo la de eliminar aquellas que resulten intolerables, de manera que la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución (Gascón Abellán, Marina, "La justicia constitucional: Entre legislación y jurisdicción", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 41, *op. cit.*, p. 67).

debido proceso.indd 61 14/09/2018 03:29:53 p.m.

CONCLUSIONES

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

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

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

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

Introducir nueva legislación merced a extender el contenido normativo del precepto a supuestos no previstos por el legislador, sólo parece admisible cuando se trate de sentencias a *rime obbligate*, según la expresión italiana, exigidas por el ordenamiento; es decir, cuando la atribución a un determinado grupo de las ventajas o beneficios previstos en el precepto presuntamente inconstitucional sea necesaria para la protección de un bien o valor constitucional y, además, sólo quepa un modo de realizarla.[32]

32. Ibídem, p. 73.

debido proceso.indd 62 14/09/2018 03:29:53 p.m.

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

debido proceso.indd 63 14/09/2018 03:29:53 p.m.

IMPACTO DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO

Por Juan Ignacio Lancellotti

INTRODUCCIÓN

La evolución del derecho acompañó el progreso de la humanidad, y ello se refleja en varios aspectos como el tecnológico, humanitario, ambiental y tantos más que han necesitado reforzar el mecanismo de cumplimiento para evitar ser violados.

Las convenciones internacionales forjaron esta idea de resguardo adicional al derecho interno y así fue como se crearon custodios especiales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), la que generó el llamado control de convencionalidad.

Este es un fenómeno mundial que reconoce tribunales especiales en América, Europa y el continente africano.

A simple vista parece algo ideal, esperanzador e importante para que conflictos de cualquier naturaleza no se vuelvan a producir o sean interceptados para que no se provoque un mal inminente, como por ejemplo crímenes de lesa humanidad, genocidios, etcétera.

Pareciera ser un sistema ideal, perfecto, cuya misión esencial es que las convenciones se cumplan. Pero ¿qué ocurriría si estos órganos convencionales y/o supranacionales entendieran que su misión es encumbrarse por encima de los tribunales superiores de cada país, de modo tal que los derechos provocados en las sentencias del sistema continental fueran de ejecución y aplicación directa en el derecho interno?

La respuesta no causaría sorpresa porque eso es cuanto sucede; lo que creemos hay que esclarecer es el alcance de esta injerencia. Nos preguntamos: ¿Se debería limitar el control de convencionalidad?; si

debido proceso.indd 65 14/09/2018 03:29:53 p.m.

se limitara dicho control, ¿qué sucedería?, ¿habría control por parte de estos organismos, cortes o convenciones regionales?

EVOLUCIÓN Y DESARROLLO

El problema en ciernes está en discusión no sólo en el planteo teórico, sino también en cada país que ha ratificado la Convención Americana de los Derechos Humanos (en adelante CADH). El punto en cuestión es saber si esas decisiones que emanan de los jueces de la Corte Interamericana son de carácter obligatorio para los Estados miembro de esa Convención, tal como lo ordena el Pacto de San José de Costa Rica, y en su caso, determinar si existen límites.

La Corte ha desarrollado una vasta jurisprudencia sobre la base de pronunciamientos dictados en conflictos que se han suscitado entre el Estado y los particulares.

Cabe aclarar que la Corte IDH, al elaborar la doctrina del control de convencionalidad, señala que los órganos del Estado parte en el marco de sus competencias deben tomar en cuenta la CADH y la interpretación que sobre esta realiza el tribunal internacional. Sus decisiones, sentencias u opiniones, tienen un alto valor para la interpretación de las obligaciones de los Estados en el continente americano. El control de convencionalidad es un fuerte instrumento para garantizar y fortalecer en forma efectiva los derechos humanos.

Dicho esto, está más que claro que los Estados deben cumplir las obligaciones asumidas sin invocar el derecho interno como forma de incumplimiento ante determinadas obligaciones que establece la Corte.

La Convención de Viena en su artículo 26 utiliza el principio *pacta sunt servanda*: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe". Y el artículo 27 dispone que

> El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

En este orden resulta ilustrativo recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) establece como característica esencial de la función jurisdiccional el carácter definitivo de

debido proceso.indd 66 14/09/2018 03:29:53 p.m.

los pronunciamientos finales de los órganos que la ejercen; pronunciamientos que una vez firmes tienen fuerza vinculante y no pueden ser revocados ni alterados por ninguna otra instancia. El artículo 46 del Convenio determina que los Estados firmantes se comprometen a acatar las sentencias del Tribunal Europeo.

Ahora bien, el Convenio deja a esos mismos Estados que sean los que decidan las vías concretas mediante las que se produce ese sometimiento en su ordenamiento interno. El TEDH no es una vía de casación o de revisión: las sentencias del Tribunal tienen por lo tanto un efecto declarativo. El Tribunal declara que hubo una violación del Convenio, y corresponde a los Estados (bajo la supervisión del Comité de Ministros del Consejo de Europa, según el art. 46.2 del Convenio) trasladar a su ordenamiento jurídico esa decisión, adoptando las necesarias medidas: tanto las individuales, dirigidas a reparar la lesión producida en el caso concreto y apreciada por el Tribunal, como las medidas de carácter general, dirigidas a la evitación pro futuro de esas violaciones.

Es necesario señalar que en muchos países firmantes del Convenio (aunque no en todos) se han aprobado normas para regular específicamente la ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo, previendo en muchos casos la reapertura de procedimientos judiciales, sobre todo en el orden penal.

Por su parte, el Comité de Ministros del Consejo de Europa tiene una importancia decisiva, por cuanto asegura la efectividad de las sentencias del Tribunal. El Comité se rige, para estas cuestiones, por su propio Reglamento.[1]

La reforma introducida por el Protocolo 14 supone una clarificación del papel del Comité y del Tribunal en la ejecución de sus sentencias. En efecto, el Comité podrá, en caso de dudas en la interpretación de la sentencia a ejecutar, pedir al Tribunal que se pronuncie sobre esa interpretación (art. 46.3 del Convenio); igualmente, en caso de negativa por parte de un Estado firmante del Convenio a acatar una sentencia del Tribunal, el Comité de Ministros podrá plantear al Tribunal la cuestión de si ese Estado ha incumplido su obligación derivada del art. 1 del Convenio, de respetar los derechos reconocidos en él (art. 46.4).

1. Reglamento para la supervisión y ejecución de las sentencias y los acuerdos amistosos, del 10/05/2006.

debido proceso.indd 67 14/09/2018 03:29:53 p.m.

El carácter declarativo de las sentencias del Tribunal presenta algunas excepciones. En efecto, el Tribunal puede, en el supuesto de que no sea posible una reparación completa de la violación por el ordenamiento interno del país responsable, acordar una satisfacción equitativa (art. 41 del Convenio), usualmente consistente en una compensación económica.

Se han establecido diversas categorías de esta compensación, de acuerdo con variados criterios. Puede ser una satisfacción equitativa por daños materiales, por daños morales y en su caso por el coste de la asistencia jurídica. En la práctica, y a lo largo de una evolución de la jurisprudencia del Tribunal, el "efecto declarativo" de sus sentencias se ha visto interpretado en forma cambiante y extensiva de la competencia del Tribunal.

Este fue introduciendo innovaciones en esa interpretación, desde la perspectiva de la prestación de una "tutela efectiva" de los derechos reconocidos en el Convenio. Por un lado, es cada vez más frecuente que el Tribunal, en la parte expositiva de la sentencia, efectúe indicaciones sobre la forma más adecuada para que el Estado infractor, aparte de la eventual satisfacción equitativa por daños materiales o morales, proceda a efectuar, en el caso de que se trate, una *restitutio in integrum* de los derechos violados.

Ello suele producirse sobre todo en aquellos casos en que se aprecia una vulneración de derechos de tipo procesal, reconocidos en el artículo 6.1 del Convenio; en estos casos, y con creciente frecuencia, el Tribunal viene a indicar en la parte expositiva de la sentencia que estima que una reapertura del procedimiento –sobre todo en supuestos de procedimientos penales– sería la forma más adecuada de reparación.

En algunos casos esta fórmula se ha empleado para ordenar la reapertura de procedimientos civiles, cuando se violó el debido proceso o *lato sensu* el derecho de defensa.

También es frecuente ese tipo de indicaciones en la parte expositiva o declarativa de la sentencia. En los últimos años, relacionando vulneraciones del derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo Adicional), el Tribunal indica como medidas adecuadas para la reparación aquellas de alcance individual, en el sentido de que se produzca una restitución de la propiedad indebidamente afectada; otras veces dispone medidas de tipo general, cuando se trata de situaciones que revelan un fallo sistémico del ordenamiento del país en cuestión.

debido proceso.indd 68 14/09/2018 03:29:53 p.m.

Asimismo, el Tribunal ha procedido también en forma creciente a incluir mandatos específicos al Estado trasgresor, respecto a la forma de subsanar la violación que se haya apreciado, en la parte dispositiva de sus sentencias, y ello, tanto en lo que se refiere a medidas individuales como también en cuanto a la adopción de medidas generales que vayan más allá del caso de que se trate.

En cuanto a la adopción de medidas individuales concretas, se han generado expresiones radicales en algunos casos en los que el Tribunal consideró que la única forma de remediar la violación alegada por el recurrente, y apreciada en su sentencia, sería la adopción de medidas inmediatas de liberación del recurrente, cuando por ejemplo se trató de privaciones de libertad; tal sería el supuesto de los casos "Assanidze c/ Georgia", "Ilascu c/ Moldavia y Rusia" o "Del Río Prada c/ España".

En una línea similar, el Tribunal incluyó algunos casos referentes a la vulneración del artículo 1 del Protocolo Adicional, relacionados con el derecho de propiedad. Usualmente, este tipo de medidas se expresan en la parte dispositiva de la sentencia, mediante un mandato de *restitutio in integrum* de la propiedad de que se trate, y si así no se produjera, la previsión de una compensación económica por parte del Estado transgresor.

Ello se resolvió, por ejemplo, en el caso "Papamichalopoulos c/ Grecia", en un supuesto referente a expropiación ilegal de una propiedad. En estos casos, la fórmula general ha sido la previsión de una obligación alternativa en la parte dispositiva de la sentencia: bien de *restitutio in integrum* de la propiedad en un plazo determinado, bien la previsión de una compensación económica, que el Tribunal establece.

En estos supuestos, el Tribunal se funda, para justificar su decisión, tanto en las disposiciones del art. 46 del Convenio en cuanto establece la obligación de los Estados de acatar las decisiones del Tribunal, como en las contenidas en el artículo 41 referentes a la concesión de una compensación equitativa.

SENTENCIAS PILOTO

Una forma específica de interpretar el alcance del art. 46, así como de agilizar el procedimiento ante el Tribunal, fue el empleo de las denominadas sentencias piloto.

debido proceso.indd 69 14/09/2018 03:29:53 p.m.

En los supuestos de acumulación ante el Tribunal de un gran número de asuntos que revelan la existencia de una deficiencia estructural y permanente en el ordenamiento jurídico del país en cuestión –deficiencia que el Tribunal estima que está en el origen de la presentación de numerosas demandas–, en lugar de proceder a resolver estas una por una, adopta una técnica que pretende una resolución global de los casos.

Ello significa emitir una sentencia en un caso concreto, sentencia en la que, aparte de apreciarse una vulneración de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio (sobre todo, y hasta el momento, el de propiedad) se indica (en forma forzosamente genérica) con invocación del art. 46 del Convenio, la conveniencia de adoptar medidas generales que evitaran la repetición de esa vulneración.

Mientras se adoptan esas medidas, el Tribunal deja en suspenso el examen de los casos acumulados.

Como puede apreciarse, se trata de una técnica que tiene en cuenta la presencia de un problema de índole general, dentro del ordenamiento del país de que se trata, y no únicamente que se haya producido una acumulación de casos similares. Los resultados han sido, hasta el momento, y en general, satisfactorios: valga citar los casos "Broniowski y Hutten Czapska" respecto de Polonia, así como "Atanasiu y Poenaru c/ Rumania", y "Kuric *et al*. c/ Eslovenia".

RECEPCIÓN EN EL DERECHO INTERNO

En Argentina, el llamado caso "Fontevecchia" (causa: "Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A. y otros s/ daños y perjuicios sumario", Fallos: 324:2895; en adelante "causa Menem") presentó un conflicto de interpretación acerca del valor de un pronunciamiento derogatorio de la Corte IDH respecto a una sentencia local que se ordena dejar sin efecto. La contrariedad fue cuando la Corte local se opuso a cumplir entendiendo que se violaba la cosa juzgada.

Si este fuera únicamente el problema, las respuestas podrían llegar rápido, pero sucede que se habla de la influencia de la Corte IDH dentro del ordenamiento jurídico interno de nuestro país, dado que si bien cada materia en el ámbito del Derecho tiene un procedimiento diferente como el Laboral, el Penal, el Administrativo, el Civil o el Comercial,

debido proceso.indd 70 14/09/2018 03:29:53 p.m.

siempre hay un tribunal superior correspondiente a cada materia. Es este el que tiene la última palabra como órgano de cierre jurisdiccional.

También se debe destacar que la Constitución Nacional otorga a cada provincia que integra el territorio argentino la facultad de poder organizar su sistema judicial y el régimen procesal; conservando para las cuestiones federales el recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello, pues todos los jueces ejercen el control de constitucionalidad que es difuso, quedando reservadas a la Corte Federal la última decisión como fiel y último intérprete de la Norma Fundamental.

Con el control de convencionalidad apareció una tarea adicional, que alteró la función de ser el último intérprete constitucional. El problema es resolver si la Corte local sigue siendo suprema o, por haberse creado el control internacional y la jurisprudencia obligatoria, ella debe someter sus decisiones.

La Corte Interamericana estableció en el caso "Gelman vs. Uruguay" que

> Ella es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. De tal manera, es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.

debido proceso.indd 71 14/09/2018 03:29:53 p.m.

68. En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en el caso Gelman. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma, de conformidad con lo señalado anteriormente…

69. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el sólo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.

70. La Corte estima pertinente precisar que la concepción del llamado control de convencionalidad tiene íntima relación con el "principio de complementariedad", en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que

debido proceso.indd 72 14/09/2018 03:29:53 p.m.

el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Este principio de complementariedad (también llamado "de subsidiariedad") informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, "coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos". De tal manera, el Estado "es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos" .

71. Lo anterior significa que, como consecuencia de la eficacia jurídica de la Convención Americana en todos los Estados Parte en la misma, se ha generado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad. Según fue señalado [...], precisamente en el presente caso Gelman vs. Uruguay, la Corte consideró que, antes de tomar la referida decisión de 22 de febrero de 2013, la Suprema Corte de Justicia uruguaya ya había ejercido un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al declararla inconstitucional en octubre de 2009 en el caso *Sabalsagaray*.

72. De tal modo, el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Así adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a

debido proceso.indd 73 14/09/2018 03:29:53 p.m.

derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, sólo en caso contrario, pueden ser considerados por esta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad.

73. Sin perjuicio de lo anterior, y de conformidad con lo señalado anteriormente en cuanto a la primera manifestación del control de convencionalidad cuando existe cosa juzgada internacional [...], este control también posee un rol importante en el cumplimiento o implementación de una determinada Sentencia de la Corte Interamericana, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces nacionales. Bajo este supuesto, el órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso.

74. Lo anterior se deduce del compromiso de los Estados de cumplir con sus obligaciones internacionales y no sólo de prácticas judiciales reiteradas a niveles nacionales, que son por supuesto relevantes. Así, tribunales de la más alta jerarquía en varios Estados de la región, se han referido al carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana o han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por esta.

87. En atención a todo lo anterior, la Corte reitera, por un lado, que sus sentencias producen el efecto de cosa juzgada y tienen carácter vinculante, lo cual deriva de la ratificación de la Convención y del reconocimiento de la jurisdicción del Tribunal, actos soberanos que el Estado Parte realizó conforme sus procedimientos constitucionales y, por otro, que el control de convencionalidad es una obligación de las autoridades estatales y su ejercicio compete, sólo subsidiaria o complementariamente, a la Corte Interamericana cuando un caso ha sido sometido a su jurisdicción.

88. En consecuencia, la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquellos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria.

debido proceso.indd 74 14/09/2018 03:29:53 p.m.

> 102. Una vez que este Tribunal ha dictado Sentencia en el presente caso, la cual produce los efectos de la autoridad de cosa juzgada, de conformidad con los principios generales del Derecho Internacional y con lo dispuesto en los artículos 67 y 68 de la Convención Americana, el Estado y todos sus órganos se encuentran obligados a darle pleno cumplimiento. La Sentencia no se limita en su efecto vinculante a la parte dispositiva del fallo, sino que incluye todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos del mismo, de modo que aquella es vinculante en su integridad, incluyendo su *ratio decidendi*. Así, puesto que la parte resolutiva o dispositiva de la Sentencia refiere expresa y directamente a su parte considerativa, esta es claramente parte integral de la misma y el Estado también está obligado a darle pleno acatamiento. La obligación del Estado de dar pronto cumplimiento a las decisiones de la Corte es parte intrínseca de su obligación de cumplir de buena fe con la Convención Americana y vincula a todos sus poderes y órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, por lo cual no puede invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento de la Sentencia. En razón de estar en presencia de cosa juzgada internacional, y precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, sería contradictorio utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir la Sentencia en su integridad.

Este criterio aplicado en la "causa Menem" debió llevar a la Corte local a tener que revocar la sentencia por ella dictada, aunque la Corte IDH dijera que no era eso cuanto debía hacer sino solamente "dejarla sin efecto" (que fue lo hecho en el mes de febrero de 2018 haciendo una anotación marginal en el libro de sentencias).

Nosotros creemos que la Corte IDH en sus sentencias no puede revocar una sentencia de un Tribunal Supremo en el ámbito interno y mucho menos si dicho pronunciamiento está firme porque la CADH no le otorga esa facultad.

Si bien se ha producido una nueva mirada del derecho internacional aplicada al derecho interno, al ratificar tratados y ser receptados por la Carta Magna es importante que las obligaciones contraídas sean asumidas por el Estado que ha firmado el convenio, de esa manera, como dice la convención de Viena se incumple en una obligación internacional, de todas maneras, tanto la CADH y su respectiva Corte IDH como el TEDH han determinado en sus instrumentos internacionales

debido proceso.indd 75 14/09/2018 03:29:53 p.m.

medidas que en mayor o menor grado el Estado firmante debe adoptar en forma obligatoria. Si el Estado no pudiera llegar a cumplir la medida ordenada por la corte regional deberá en forma equitativa subsanar el error que le ha producido a las partes.

CONCLUSIONES

No dudamos que se deba mantener un sistema de vigilancia sobre los Estados para que cumplan y ejecuten los derechos humanos, desde que con ellos se visualiza el futuro.

Es necesario que las controversias sean evaluadas críticamente al momento de dictar sus sentencias y sus decisiones sean las más adecuadas al caso ya que un error o un punto oscuro en sus pronunciamientos podría estar vulnerando el derecho de los damnificados, poner a un Estado miembro de la Convención en una falta grave internacional por no poder cumplir las obligaciones contraídas e incluso el control convencional podría ser limitado por dichos errores o por una mala interpretación.

La forma como se elabora el contenido de una sentencia tiene mucho que ver con el impacto que puede llegar a producir. Una resolución bien redactada será una resolución con menores problemas de cumplimiento, pues habrá claridad en las obligaciones y las actividades a desplegar para acatar la resolución en cuestión. Por el contrario, una resolución de contenido complejo trastorna por completo el cumplimiento y en ocasiones puede dar lugar a la inejecución.

Si un Estado ha ratificado un instrumento internacional y le otorga carácter constitucional debe cumplir con las obligaciones contraídas con dicho instrumento, ya que si no son cumplidos contrae responsabilidad internacional.

Una solución sería utilizar las sentencias piloto como hace el TEDH; o bien proponer desde estas líneas que se fomente la reglamentación procesal de la ejecución de sentencias internacionales.

debido proceso.indd 76 14/09/2018 03:29:53 p.m.

LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LAS LEYES DE AMNISTÍA

Por Juliana Sánchez Vallejo

INTRODUCCIÓN

Los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la CADH), han sido influidos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH o el Tribunal), organismo que ha sido el encargado de examinar múltiples contextos de violaciones a los derechos humanos, cuya investigación, juzgamiento y sanción, en algunos casos, se ha visto obstaculizada por la existencia de leyes de amnistía, las cuales pueden entrar en conflicto con los deberes contemplados en los artículos 1.1 y 2 de la CADH. Desde esta perspectiva, el presente artículo examinará la influencia que ha tenido la jurisprudencia de la Corte Interamericana en algunos ordenamientos jurídicos que aplicaron leyes de amnistía frente a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, aspecto que se encuentra relacionado con los deberes consagrados en los arts. 1.1 y 2 de la CADH, así como en el ejercicio del control de convencionalidad. En consecuencia, para el desarrollo del escrito se partirá de la identificación de los deberes consagrados en los artículos mencionados; posteriormente se describirá en qué consiste el ejercicio del control de convencionalidad, así como la posición que la Corte IDH ha tenido frente a las leyes de amnistía; y, finalmente, se examinará la manera en que impactó la jurisprudencia interamericana –a partir de los dos elementos previamente desarrollados– en los Estados que serán objeto de estudio, a saber: Perú, Uruguay, Chile y Brasil.

debido proceso.indd 77 14/09/2018 03:29:53 p.m.

ARTÍCULOS 1 Y 2 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Para abordar los artículos 1.1 y 2 de la CADH, se hace necesario recordar la obligación que tienen los Estados de cumplir con sus compromisos internacionales (*pacta sunt servanda*), y cuándo se configura un hecho ilícito internacional. Este último aspecto, de acuerdo con las Naciones Unidas consiste en una acción o en una omisión que es atribuible al Estado bajo el derecho internacional,[1] y que se constituye en el incumplimiento de una obligación internacional. Resulta importante aclarar que el hecho ilícito internacional se presenta con independencia de lo establecido en el derecho interno, es decir que aun si dicha acción u omisión fuera lícita a nivel nacional, su evaluación se hará desde el derecho internacional[2] y, por lo tanto, los Estados no podrán excusarse en su legislación para exonerarse de sus compromisos internacionales.[3]

Descendiendo al Sistema Interamericano, si bien existe un *corpus iuris* interamericano, la base de este ha sido la CADH, cuyos artículos 1.1 y 2 consagran obligaciones generales para los Estados.[4] El primero establece dos esferas de protección: la obligación de respetar los derechos –que usualmente implica "acciones negativas", es decir, la no perturbación del derecho– y, por otro lado, la obligación de garantizar, en directa relación con las llamadas "acciones positivas", es decir, las acciones que el Estado emprenderá para evitar e impedir la vulneración de los derechos.[5] Estos elementos han sido relevantes desde la primera sentencia de la Corte IDH, quien indicó que de este artículo se derivan la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y la obligación de tomar medidas razonables ante su comisión, a través del establecimiento de una pena adecuada y proporcional a la conducta, unida a la reparación integral de las víctimas.[6]

1. AGNU, "Responsabilidad de los Estados por Actos Internacionalmente Ilícitos", Resolución A/56/589 y Corr.1, 28/01/2002.

2. Ibídem, art. 3.

3. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, art. 27.

4. Nash Rojas, Claudio, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y desafíos*, México, Porrúa, 2009, p. 30.

5. Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 65.

6. Corte IDH, Serie C N° 1, caso "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", Excepciones Preliminares, 26/06/1987.

debido proceso.indd 78 14/09/2018 03:29:53 p.m.

Por otro lado, se encuentra el artículo 2 de la CADH, en el que se consagra el deber de adecuar el ordenamiento interno conforme a los mandatos de la Convención. De esta obligación se ha derivado la doctrina del control de convencionalidad desarrollada jurisprudencialmente por la Corte Interamericana.

Esta doctrina tiene como antecedentes las sentencias de los casos "Myrna Mack Chang vs. Guatemala"; "Tibi vs. Ecuador"; y "López Álvarez vs. Honduras", en los que el juez Sergio García Ramírez comienza a plantear dicha expresión en sus votos concurrentes. No obstante, no sería sino hasta el caso "Almonacid Arellanos vs. Chile" (2006) donde se indicaría de manera sugestiva la necesidad de "ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que se aplican en los casos concretos y la Convención Americana".[7] Posteriormente, se irían desarrollando otros elementos de este control en sentencias como "La Cantuta vs. Perú", "Gomes Lund vs. Brasil", "Gelman vs. Uruguay", "Mozote vs. El Salvador", "Liakat Ali Alibuk vs. Surinam", entre otros.

En este sentido, pueden encontrarse en la jurisprudencia de la Corte algunos parámetros generales para su ejercicio: se trata de un control que debe ser realizado *ex officio*,[8] es complementario y paralelo al control de constitucionalidad,[9] el cual debe iniciar por el Poder Judicial o por aquellos órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles,[10] pudiéndose extender a todos los órganos del Estado dentro del respectivo marco de sus competencias.[11] Asimismo, el análisis normativo que deben realizar los Estados comprende el llamado "bloque de convencionalidad", es decir, aquel *corpus iuris interamericano*[12] que establece

7. Corte IDH, caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 154, 26/09/2006.

8. Corte IDH, caso "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 158, 24/11/2006.

9. Ídem.

10. Corte IDH, caso "Cabrera García y Montiel Flores vs. México", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 220, 26/11/2010.

11. Corte IDH, caso "Gelman vs. Uruguay", Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N° 22, 20/03/2013.

12. Compuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", Protocolo a la CADH relativo a la abolición de la pena de muerte, Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, Convención

debido proceso.indd 79 14/09/2018 03:29:53 p.m.

las obligaciones en materia de derechos humanos.[13] Finalmente, la Corte ha indicado que "no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad".[14] Este planteamiento, que podría parecer ambiguo en principio, se torna necesario dado el ámbito de aplicación que tiene este control que no es otro que el de los ordenamientos internos de los Estados parte. Lo anterior implica considerar las diferencias –a veces insalvables– que pueden darse entre uno y otro Estado; por lo mismo, mal haría la Corte en establecer un único modelo a través del cual se entienda que se da cumplimiento a la obligación. En consecuencia, corresponde a cada Estado establecer la manera en la que se aplicará el control de convencionalidad, método que en todo caso debe garantizar la efectividad de la CADH.

Ahora bien, la Corte IDH ha ejercido el control de convencionalidad en casos donde la norma que se encontraba en contravía respecto de la CADH era una ley de amnistía. En tales escenarios se han determinado los criterios bajo los cuales se entiende que las amnistías no son compatibles con la Convención, posición que ha influido en mayor o en menor medida en los ordenamientos internos de los Estados parte.

LAS LEYES DE AMNISTÍA EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, se hace necesario precisar cuál fue el punto de partida para el análisis de las leyes de amnistía en el Sistema Interamericano. En principio, la Comisión Interamericana ejerció un rol relevante en la materia[15] cuando en sus informes sobre

Interamericana sobre desaparición forzada de personas, Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem do Pará", Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia, entre otros.

13. Corte IDH, caso "Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala", Fondo Reparaciones y Costas, Serie C N° 253, 20/11/2012.

14. Corte IDH, caso "Liakat Ali Alibux vs. Surinam", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Serie C N° 276, 30/01/2014.

15. Cantón, Santiago, "Leyes de amnistía", en *Justicia Transicional: Manual para América Latina*, ICTJ, 2011, p. 270.

debido proceso.indd 80 14/09/2018 03:29:54 p.m.

casos individuales, así como en los anuales y por países hizo referencia a la incompatibilidad de las leyes de amnistía frente a la Convención. En 1985, en su informe anual, la Comisión anotó esta situación y posteriormente, desde 1992 presentó sendos informes de fondo donde analizó este fenómeno en casos puntuales.[16]

Por otro lado, desde la visión de la Corte Interamericana, uno de los primeros antecedentes relevantes en la materia es la sentencia sobre reparaciones del caso "Castillo Páez vs. Perú", donde se examinó la falta de investigación de violaciones a los derechos humanos por parte del Estado a raíz de dos leyes de amnistía que impedían el desarrollo del proceso penal. En esa ocasión, el Tribunal indicó que Perú tenía la obligación de investigar los hechos objeto de reproche, puesto que los familiares de la víctima tienen el derecho a conocer qué ocurrió con su ser querido, incluso a pesar de los obstáculos normativos que deba superar el Estado, quien además debe "prevenir la posible comisión de desapariciones forzadas y sancionar a los responsables de las mismas".[17] Llama la atención que se haya debatido por las partes si la Corte estaba facultada para conminar al Estado a investigar a pesar de la existencia de las leyes de amnistía, las cuales fueron apreciadas estatalmente como una restricción a los alcances de las medidas de reparación de la Corte. En este sentido, Perú llamó la atención sobre el contexto que llevó a que se dictaran dichas leyes y a que las demandas de inconstitucionalidad que se habían presentado respecto de ellas no prosperaron. La Comisión, por su parte, manifestó que el Estado no podía excusarse en su ordenamiento interno para eludir sus obligaciones internacionales y solicitó a la Corte pronunciarse sobre la incompatibilidad de tales tipos de normas frente a la Convención.

16. Cantón, Santiago, "Leyes de amnistía", en Justicia Transicional: *Manual para América Latina, op. cit.*, p. 270. Al respecto, señala: "Los casos aprobados por la Comisión en los que se establece la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana son: Informe 26/92, 'Masacre Las Hojas' (El Salvador); Informe 28/92 (Argentina); Informe 29/92 (Uruguay); Informe 34/96 (Chile); Informe 36/96, Héctor Marcial Garay Hermosilla y otros (Chile); Informe 25/98, Mauricio Eduardo Jonquera Encina y otros (Chile); Informe 1/99, Lucio Parada Cea y otros (El Salvador); Informe 133/99, Carmelo Soria Espinoza (Chile); Informe 136/99, Ignacio Ellacuría y otros (El Salvador); Informe 37/99, Monseñor Óscar Arnulfo Romero y Galdamez (El Salvador); Informe 61/01, Samuel Alfonso Catalán Lincoleo (Chile); Informe 28/00, Barrios Altos (Perú); Informe 30/05, Luis Alfredo Almonacid (Chile)".

17. Corte IDH, caso "Castillo Páez vs. Perú", Fondo, Serie C N° 34, 03/11/1997, párr. 90.

debido proceso.indd 81 14/09/2018 03:29:54 p.m.

En esta oportunidad, el Tribunal se pronunció de manera superficial frente a las leyes de amnistía y, aunque no indicó de manera contundente su incompatibilidad con la Convención, sí resaltó que es deber del Estado procurar la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables, garantizando el acceso a la justicia y removiendo aquellos obstáculos que lleven a la impunidad.[18]

Ahora bien, fue con el caso "Barrios Altos vs. Perú" (2001) que la Corte trata esta temática de manera tajante, al indicar que

> … son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos…[19]

Este pronunciamiento obtendría aún más relevancia con la expedición de su sentencia de interpretación, donde se precisó que tal decisión tendría efectos *erga omnes*; por ende, la ley de amnistía no podría representar un obstáculo en las investigaciones relativas al caso "Barrios Altos", ni tampoco en cualquier otra que se pudiera ver afectada por dicha norma.[20] De lo anterior puede inferirse que la Corte hace un llamado para adecuar el ordenamiento interno conforme a los parámetros de la Convención, es decir, hace un llamado para procurar el efecto útil de la Convención, lo cual puede traducirse en la aplicación del control de convencionalidad, aun cuando para ese momento no se había introducido dicho término.

Las disposiciones contempladas en la anterior sentencia vendrían a ser reiteradas en numerosas oportunidades, donde la Corte no sólo indicaría la falta de validez y efectividad de las leyes de amnistía sino que, además, de manera concomitante desarrollaría progresivamente el control de convencionalidad. En este sentido, se destacan sentencias

18. Corte IDH, caso "Castillo Páez vs. Perú", Reparaciones y Costas, Serie C, N° 43, 27/11/1998, párrs. 98-108.

19. Corte IDH, caso "Barrios Altos vs. Perú", Reparaciones y Costas, Sentencia, Serie C N° 87, 30/11/2001.

20. Corte IDH, caso "Barrios Altos vs. Perú", Interpretación de la Sentencia de Fondo, Serie C N° 83, 03/09/2001.

debido proceso.indd 82 14/09/2018 03:29:54 p.m.

como las de los casos "La Cantuta vs. Perú", "Almonacid Arellano vs. Chile", "Gomes Lund vs. Brasil" y "Gelman vs. Uruguay".

Así las cosas, ¿cuáles han sido los parámetros jurisprudenciales que la Corte ha desarrollado respecto de las leyes de amnistía? Sin duda, el principal señalamiento de la Corte es que su presencia representa un obstáculo para la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos; por ende, su expedición constituye una vulneración al contenido de la CADH. De la misma manera ocurre si a sabiendas de la existencia de este tipo de leyes no se implementan mecanismos judiciales o de cualquier otro tipo para adecuar el ordenamiento interno a los parámetros de la Convención.[21] Asimismo, la invalidez de la ley de amnistía tiene efectos *erga omnes*, es decir, no es sólo para el caso concreto donde fue alegada la vulneración en la instancia internacional sino que además será aplicable para todos los casos análogos en sede interna.[22] De lo anterior se deriva la necesidad de que las autoridades estatales ejerzan el control de convencionalidad, sobre todo si la ley de amnistía existe formalmente, pues esto llevará a que no represente un obstáculo, al menos para el caso concreto. En este sentido, la adecuación del derecho interno implicará:

> i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Es necesario reafirmar que la obligación de la primera vertiente sólo se satisface cuando efectivamente se realiza la reforma.[23]

Los Estados, además, tienen la obligación de adecuar sus ordenamientos respecto a la tipificación de delitos tales como la tortura y el desplazamiento forzado, si no están incluidos ya en la legislación penal. Es importante también aplicar los parámetros interpretativos que la Corte ha señalado acerca de la imprescriptibilidad de las graves violaciones a los derechos humanos y los delitos de lesa humanidad,

21. Corte IDH, caso "La Cantuta vs. Perú", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 162, 29/11/2006.

22. Ídem.

23. Corte IDH, caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 154, 26/09/2006.

debido proceso.indd 83 14/09/2018 03:29:54 p.m.

así como de la inexistencia de la irretroactividad del delito de desaparición forzosa por tratarse de un delito continuado en el tiempo.

Finalmente, se ha precisado que el incumplimiento de los arts. 1.1 y 2 por la presencia de leyes de amnistía también representa una violación a los arts. 8 y 25, en la medida en que se configura una negación del acceso a la justicia para las víctimas.

INFLUENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

No hay duda de que las sentencias de la Corte Interamericana son recibidas de distintas maneras por los Estados. En algunos casos, estos son conscientes del contexto de violaciones a los derechos humanos que han atravesado y, por lo mismo, reconocen y aceptan sus sentencias. No obstante, en otros casos, los Estados reciben con renuencia y prevención las decisiones de la Corte, al punto incluso de negar su vinculatoriedad. En este sentido, la influencia o impacto de la jurisprudencia interamericana depende de la posición que se tome frente a la obligatoriedad de esta. En los casos en los que se han analizado leyes de amnistía, el impacto ha variado de Estado en Estado; por ende, en el siguiente apartado se buscará evidenciar las diferencias entre los casos de Perú, Uruguay, Chile y Brasil.

En el caso de Perú se evidenció un progreso en su posición. Es así como, en el caso "Castillo Páez" (1997), argumentó la imposibilidad de continuar con las investigaciones debido a la presencia de leyes de amnistía, y sugirió, además, que la Corte no tenía la facultad de restarle efectos a ella. Sin embargo, el Tribunal recordó el deber del Estado de procurar el acceso a la justicia de las víctimas, motivo por el que tendría que continuar con las investigaciones; empero, su posición frente a las leyes de amnistía aún permanecería ambigua hasta el año 2001, con el caso "Barrios Altos".[24] Es justamente allí donde sentaría una posición tan fuerte que el ordenamiento jurídico peruano se vería hondamente

24. Este caso analiza hechos ocurridos el 3 de noviembre de 1991. La Corte encontró responsable al Estado del Perú por la muerte y lesiones de un grupo de personas por parte de agentes militares, así como la falta de investigación y sanción de los responsables de los hechos.

debido proceso.indd 84 14/09/2018 03:29:54 p.m.

influido ya que aceptaron la decisión de la Corte plenamente y por vía directa.[25] Debido a lo anterior, el Consejo Supremo de Justicia Militar dispondría la nulidad de una decisión a través de la cual había aplicado la amnistía a múltiples agentes estatales involucrados en crímenes de lesa humanidad,[26] readquiriendo efecto las condenas contra dichos militares. En este mismo sentido, la Fiscalía emitió una resolución[27] donde dispondría que todos los Fiscales que hubiesen conocido procesos donde fueron aplicadas leyes de amnistía deberán solicitar en los correspondientes juzgados la ejecución de las sentencias supranacionales. De acuerdo con lo expuesto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha tenido una alta influencia en lo que al ordenamiento jurídico peruano se refiere. Finalmente, vale la pena destacar el importante rol que jugó el Poder Judicial, que implementó adecuadamente el control de convencionalidad en aquellos casos que se reabrieron, cosa que no ha ocurrido en otros Estados como se verá a continuación.

En el caso de Chile, se encontró una disposición estatal para dar cumplimiento a la sentencia "Almonacid Arellano" (2006),[28] de la cual, empero, no se evidencia su efectividad. En este sentido se informó a la Corte Interamericana[29] sobre dos proyectos de ley, uno tendiente a establecer una ley interpretativa del artículo 93 del Código Penal donde se establecen las causales de extinción de la responsabilidad penal, a fin de indicar que las figuras de amnistía, indulto y prescripción no son aplicables en los casos de delitos de guerra, genocidio o lesa humanidad. Por otro lado, se encontraba un proyecto de ley que buscaba modificar el artículo 657 del Código de Procedimiento Penal,

25. Se dice por vía directa ya que el Código Procesal Constitucional del Perú establece en su artículo 115 que "las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido expresamente el Estado peruano no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno".

26. Sala Plena del CSJM, con relación a la causa N° 157-V-93.

27. Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 815-2005-MP-FN, 20/04/2005.

28. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial de Luis Alfredo Almonacid Arellano, derivada de la presencia de una ley de amnistía dada en el contexto de la dictadura, así como a la falta de reparación adecuada a las víctimas.

29. Corte IDH, caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N° 154, 26/09/2006.

debido proceso.indd 85 14/09/2018 03:29:54 p.m.

estableciendo una nueva causal de revisión en casos de violaciones a los derechos humanos. La Corte estimó que

> … si bien pueden existir distintas medidas de derecho interno a través de las cuales el Estado podría asegurar tal resultado, la Corte observa que el Estado estaría considerando que la manera adecuada de hacerlo es a través de una reforma legislativa.

No obstante, se encontró que el trámite se había desarrollado por cerca de dos años sin resultados concretos, por lo que instó al Estado para que tomara medidas efectivas en este aspecto. Dado lo anterior, aunque es posible afirmar que la jurisprudencia de la Corte tuvo un impacto inicial, el medio empleado por el Estado para adecuar su legislación ha sido lento y no necesariamente efectivo.

Por su parte, en el caso de Brasil, a partir de la sentencia del caso "Gomes Lund" (2010),[30] el Estado debía ejercer el control de convencionalidad desde una dimensión concreta (para las violaciones analizadas en la sentencia) y una abstracta (en aquellos casos que no fueron revisados en la sentencia, pero que se enfrentaban al mismo obstáculo: la ley de amnistía). Es así como se debían eliminar los obstáculos legales que impidieran la investigación de las múltiples violaciones a los derechos humanos analizadas en la sentencia, pero además se debía garantizar que la ley de amnistía no tuviera efectos jurídicos en general. Lamentablemente, la Corte ha encontrado durante la supervisión del cumplimiento de la sentencia que no se han cumplido con estos aspectos, pues las acciones penales que se iniciaron para investigar parte[31] de los hechos relacionados con la sentencia se vieron obstaculizadas por la ley de amnistía. De esta forma, se constató que "el 29 de abril de 2010 el Supremo Tribunal Federal de Brasil resolvió la improcedencia de la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental N° 153 y declaró la validez de la interpretación interna de la Ley de Amnistía".[32] Asimismo, dos acciones

30. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por las desapariciones forzadas de los miembros de la Guerrilla de Araguaia ocurridas entre 1972 y 1975, así como por la falta de investigación de tales hechos derivada de la presencia de una ley de amnistía.

31. La Corte los consideró insuficientes para esclarecer las violaciones cometidas contra 62 víctimas dentro del caso en estudio.

32. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil", Resolución de supervisión de cumplimiento, Serie C Nº 219, 24/11/2010, párrs. 17, 18.

debido proceso.indd 86 14/09/2018 03:29:54 p.m.

penales iniciadas tras la decisión interamericana fueron rechazadas *in limine* por considerarse que había "imposibilidad jurídica en el pedido", en atención a los hábeas corpus que habían interpuesto los investigados y que fueron fallados a su favor, por causa de la inadecuada tipificación dada a los delitos (secuestro en lugar de desaparición forzosa, pues el Estado consideraba errado tipificar este último delito, bajo el entendido que se aplicaría retroactivamente la ley penal) y su prescripción. Claramente, hasta ese punto no se ejerció el control de convencionalidad; de lo contrario, se habría considerado la CADH y la sentencia del caso "Gomes Lund" para la toma de esta decisión.

Existe entonces una indebida interpretación y aplicación de la ley de amnistía que se diferencia del caso peruano, dado que allí a pesar de existir formalmente la ley de amnistía –pues no hubo un trámite legislativo para su eliminación– no representó un obstáculo para las investigaciones que se reabrieron. *Contrario sensu*, Brasil dejó a un lado la interpretación que la Corte Interamericana realizó al respecto, aun cuando se analizaba el panorama de violación a los derechos humanos dentro del mismo Estado, al punto de ser declarado internacionalmente responsable.

La Corte de igual manera aclaró que superada la aplicación de la ley de amnistía, las investigaciones no debían obstaculizarse por la prescripción de los delitos, los cuales debían tipificarse de acuerdo con la verdad de lo sucedido, esto es, como desapariciones forzadas, las que son imprescriptibles conforme al Derecho Internacional. En este sentido, indicó que

> … la desaparición forzada constituye un delito de carácter continuo o permanente cuyos efectos no cesan mientras no se establezca la suerte o paradero de las víctimas y su identidad sea determinada, por lo que los efectos del ilícito internacional en cuestión continúan actualizándose. Por lo tanto, el Tribunal observa que, en todo caso, no habría una aplicación retroactiva del delito de desaparición forzada dado que los hechos del presente caso, que la aplicación de la Ley de Amnistía deja en la impunidad, trascienden el ámbito temporal de dicha norma por el carácter continuo o permanente de la desaparición forzada.

No obstante lo anterior, el Poder Judicial, siendo el primer llamado a cumplir el control de convencionalidad, dejó a un lado su deber internacional, pues el Supremo Tribunal Federal indicó que las leyes de amnistía tenían plena validez. Si bien es cierto dicho pronunciamiento

debido proceso.indd 87 14/09/2018 03:29:54 p.m.

es anterior a la expedición de la sentencia de la Corte IDH en el caso concreto de Brasil, se evidencia que no se consideraron los estándares que en esta materia existían frente a las leyes de amnistía (planteados en "Barrios Altos vs. Perú", "La Cantuta vs. Perú" y "Almonacid Arellano vs. Chile"). Este pronunciamiento, como es lógico, afectó las decisiones que tomarían los jueces de inferior jerarquía sobre las investigaciones que fueron reabiertas. Es así que estos, aunque en algunas ocasiones omiten pronunciamiento alguno respecto de las leyes de amnistía, se basan en la prescripción de los delitos invocados para negar la procedencia de la acción penal, restando eficacia a la decisión de la Corte Interamericana para, en su lugar, acatar la determinación de la Suprema Corte, motivo por el que la Corte IDH determina que Brasil ha incumplido con sus obligaciones y, en esa medida, puede indicarse que la jurisprudencia interamericana ha tenido poco impacto.

En el caso uruguayo, a raíz de la sentencia "Gelman vs. Uruguay"[33] (2011), el poder ejecutivo y legislativo dentro del ámbito de sus respectivas competencias buscaron remediar el incumplimiento del artículo 2 de la CADH en que había incurrido el Estado al buscar remover, *a priori*, los obstáculos que representaba la ley de amnistía.[34] De igual manera, se abrió una investigación relativa a lo acaecido con María Claudia García de Gelman; sin embargo, no se consideró el tipo penal de desaparición forzosa sino el de homicidio, lo que tendría repercusiones en la forma en que se contabiliza la prescripción del delito.[35] Adicionalmente, el Poder Judicial, a través de la Suprema Corte de Justicia, realizó un inadecuado control de convencionalidad cuando decidió

33. El caso hace referencia a la responsabilidad internacional del Estado, entre otras cosas, por la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, así como la supresión y sustitución de identidad de María Macarena Gelman García y la falta de investigación de estos crímenes debido a una ley de amnistía.

34. El 27 de octubre de 2011 fue promulgada la Ley N° 18831 titulada "Pretensión Punitiva del Estado: Restablecimiento para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985". De igual manera, se promulgó el 30/06/2011 el Decreto N° 323.

35. Según la Suprema Corte no serían aplicables a esos hechos otras calificaciones legales, como la desaparición forzada o los crímenes de lesa humanidad, a pesar de estar contemplados en su legislación, por considerar que fueron tipificados con posterioridad a esos hechos y, por ende, tal calificación implicaría su aplicación de forma retroactiva atentando contra el principio de legalidad. Además, la Corte estimó que el delito de desaparición forzada fue tipificado en Uruguay por el art. 21 de la Ley N° 18026 del 25/09/2006.

debido proceso.indd 88 14/09/2018 03:29:54 p.m.

declarar inconstitucionales los artículos 2 y 3 de la Ley Nº 18831,[36] y estableció que la vigencia de la Ley de Caducidad no habría afectado los términos de prescripción de los delitos referidos a hechos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos cometidos durante la dictadura, por lo que su prescripción se daría en noviembre de 2011. Esta decisión restaba completa eficacia a las medidas que habían tomado el Poder Legislativo y Ejecutivo para dar cabal cumplimiento a la decisión de la Corte Interamericana, sobre todo porque la Suprema Corte dio a entender que las sentencias interamericanas no son vinculantes. Ahora bien, aunque en Uruguay el control de constitucionalidad es concentrado, estando en manos de la Suprema Corte de Justicia, los efectos de sus sentencias son *inter partes*, aplicable sólo en el caso concreto, aspecto que en principio permitiría pensar que no representaría un obstáculo para que en fallos posteriores pudiera modificar su posición; no obstante, la práctica reiterada muestra que tal entidad ha corroborado su posición en casos análogos.[37] Por lo anterior puede concluirse que la jurisprudencia interamericana tuvo gran influencia en un primer momento; sin embargo, dicho impacto disminuyó posteriormente con motivo de las actuaciones del Poder Judicial uruguayo.

CONCLUSIONES

A partir de lo expuesto puede concluirse, en primer lugar, que los Estados al ratificar un tratado internacional se comprometen a cumplir las obligaciones derivadas de este. En el caso del Sistema Interamericano, la CADH consagra en sus arts. 1.1. y 2 obligaciones generales de respe-

36. Precisamente, los arts. 2 y 3 de la Ley Nº 18831 pretenden la no aplicabilidad de la prescripción como garantía procesal de presuntos autores de hechos como los ocurridos en el caso "Gelman", así como a otras graves violaciones de derechos humanos "cometidas en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985", al establecer que tales delitos son imprescriptibles y constituyen crímenes de lesa humanidad (*supra* Considerando 46).

37. A través del mecanismo de la resolución anticipada. Ver: Corte IDH, caso "Gelman vs. Uruguay", Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 20/03/2013.

debido proceso.indd 89 14/09/2018 03:29:54 p.m.

tar y garantizar los derechos en ella consagrados, así como el deber de adecuar el ordenamiento interno conforme a la Convención.

De los mencionados artículos se desprende, además, el control de convencionalidad, que debe realizarse aun *ex officio*, de acuerdo con los parámetros establecidos en la CADH y en la jurisprudencia interamericana. Asimismo, el primero llamado a ejercerlo es el Poder Judicial, para lo cual la Corte IDH no ha establecido una única forma para su aplicación, correspondiendo a cada Estado dentro de su propio modelo judicial disponer la mejor forma para ejecutarlo.

Ahora bien, con relación a las leyes de amnistía, los Estados están en la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos; por ende, no pueden establecer mecanismos que generen impunidad, sobre todo si estas violaciones se han cometido de manera sistemática.

En consideración a lo anterior, puede verse la necesidad de aplicar el control de convencionalidad no sólo en casos de leyes de amnistía, sino también de cualquier otro tipo de norma que pueda llegar a representar una incompatibilidad frente a la Convención. De allí que Acosta plantee que el correcto estudio y aplicación de los estándares internacionales en materia de administración de justicia llevará a que se reduzcan los casos que llegan al Sistema Interamericano,[38] esto, claro está, por cuanto no se requiere acudir a él si el Estado no vulnera los derechos humanos de sus habitantes.

En los casos que fueron expuestos, desde el momento en que la Corte dictó la correspondiente sentencia, restó efectos jurídicos a la ley de amnistía; sin embargo, cada Estado debía establecer los mecanismos para que dicha decisión fuera efectiva. En este sentido, quedó claro el importante rol que juega el Poder Judicial en este tipo de casos, pues no basta la voluntad del Poder Ejecutivo o Legislativo para que se pueda investigar, juzgar y sancionar a los responsables –ya que esta es una tarea propia del Poder Judicial–, sino que debe existir una voluntad estatal general para darle cumplimiento a la sentencia interamericana, y a falta de consenso quedará en manos de los jueces su cumplimiento, a través

38. Acosta, Juana y Álvarez, Lina, "Las líneas lógicas de investigación: una contribución del Sistema Interamericano de Derechos Humanos al juzgamiento de los crímenes de sistema en marcos de justicia transicional", *18 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2011, pp. 57-87.

debido proceso.indd 90 14/09/2018 03:29:54 p.m.

del ejercicio del control de convencionalidad –donde no sólo se considere la CADH sino también la jurisprudencia de la Corte IDH–, de ello dependerá qué tanto impacto tenga la jurisprudencia interamericana.

Como se indicó previamente, los Estados pueden tomar distintas posiciones frente a las decisiones de la Corte IDH. Por ejemplo, Perú dio efectos directos a la decisión de este Tribunal, lo cual llevó a que jueces y fiscales inaplicaran las leyes de amnistía y reabrieran investigaciones, a pesar de que no existió una norma que expresamente las derogara. Por su parte, Uruguay y Chile vieron la necesidad de implementar medidas legislativas a tales efectos, las cuales a pesar de su existencia no fueron del todo efectivas. Finalmente, en el caso de Brasil no se tomaron medidas legislativas ni judiciales para restarle efectos a las leyes de amnistía, limitando el impacto que podría haber tenido la sentencia correspondiente.

debido proceso.indd 91 14/09/2018 03:29:54 p.m.

LÍMITES AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: CONFLICTOS EN ECUADOR CON LA OPINIÓN CONSULTIVA OC 24/17

Por José Roosevelt Cedeño Macías

INTRODUCCIÓN

Siendo el Ecuador un Estado Constitucional de derechos y justicia, las decisiones de quienes ejercen potestad pública deben tener los límites que le imponen los derechos fundamentales, que emanan de los enunciados del *corpus iuris* del Sistema Interamericano de Protección de dichos derechos y que configuran el bloque de constitucionalidad.

Para entender su delimitación hay que asimilar los elementos constitutivos de un Estado constitucional, que esencialmente son los valores, principios y reglas, determinados inicialmente en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y en el enunciado constitucional, que enmarcan y le dan contenido a los derechos y a sus garantías a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas, y cuyo respeto y el hacerlo respetar como principio rector se le dispone al Estado como el más alto deber (art. 11.9 CRE).[1]

La Asamblea Constituyente de Montecristi emitió una Constitución de carácter fundacional a través de la cual el Estado ecuatoriano dio el tránsito de un Estado social de derecho, cuya prerrogativa mayor está alrededor del legislador y de la ley a un Estado constitucional de derechos y de justicia, por cuyo efecto la Constitución tiene fuerza normativa siendo consecuentemente de aplicación directa e inmediata e incorporando los Tratados e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos al derecho interno a través del bloque de constitucionalidad, de la cláusula abierta y del principio *pro homine*.

1. Constitución de la República del Ecuador, 2008.

debido proceso.indd 93 14/09/2018 03:29:54 p.m.

En este contexto y con la visión doctrinaria de Robert Alexy, se establece que siendo los valores mandatos directrices y los principios de optimización máxima, dentro de lo posible fáctica y jurídicamente, prevalecen sobre las reglas, al ser estas de simple determinación; y al estar generalmente los valores y los principios en los textos constitucionales y las reglas en los enunciados de rango legal y reglamentario, no resulta muy complicado establecer su preeminencia, con un simple ejercicio de antinomias fundado en la mecánica de la jerarquía normativa, en la temporalidad, en algunos casos en la especialidad y en el esquema de competencias.

Sin embargo esta mecánica resultaría, aparentemente, insuficiente por inaplicable cuando la contradicción emana del mismo texto o enunciado constitucional, dado que están en un mismo rango, emitidas en el mismo tiempo, constituyen materia general y símil, y son aplicables a los diferentes niveles de competencias; y se configura cuando la regla constitucional como mandato de determinación entra en lid o contradicción con los valores y principios, como mandatos de dirección y de optimización, que delimitan *prima facie* el contenido esencial de los derechos fundamentales.

El objeto del presente trabajo es establecer que el método de antinomia por jerarquía axiológica en su estructura es un mecanismo idóneo para establecer el espectro de validez normativa.

Consecuentemente, entendemos por Constitución el documento normativo que instituye la estructura de una colectividad política de conformidad con dos requisitos esenciales: una declaración de derechos y una organización de los órganos de decisión colectiva inspirada en una interpretación de la división o separación de poderes.[2]

La estabilidad de una Constitución depende, ante todo, de en qué medida es capaz de satisfacer su función integradora respecto de la comunidad constituida por ella. Y es que por muy completa que fuese su defensa jurisdiccional, esta no sería capaz de garantizar por sí misma la estabilidad de una Constitución en la que se encontrase ausente aquella función. Pero, a la inversa, la ausencia de defensa jurisdiccio-

2. Amaya, Jorge Alejandro, *Democracia vs. Constitución*, Buenos Aires, Fundación para el desarrollo de las ciencias jurídicas, 2012, p. 34.

debido proceso.indd 94 14/09/2018 03:29:54 p.m.

nal de una Constitución con verdadera eficacia integradora no tendría que ser necesariamente contraproducente.[3]

PLANTEO INICIAL

El enunciado constitucional en relación con los elementos constitutivos del Estado, con sus deberes primordiales y con el ejercicio de los derechos relevantes para este trabajo, está al tenor del literal siguiente:

> Art. 1. El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.
> La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.
> Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.
>
> Art. 3. Son deberes primordiales del Estado:
> 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.
>
> Art. 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios [entre otros]:
> [...] 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.
> Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

3. Bachof, Otto, *¿Normas Constitucionales Inconstitucionales?*, Lima, Palestra Editores, 2008, p. 76.

debido proceso.indd 95 14/09/2018 03:29:54 p.m.

> El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.[4]

Robert Alexy establece que hasta ahora lo que interesaba era el concepto de la norma de derecho fundamental o *iusfundamental*. Ahora hay que considerar su estructura. A tal fin, pueden llevarse a cabo numerosas distinciones teórico-estructurales. Para la teoría de los derechos fundamentales, la más importante es la distinción de reglas y principios. Ella constituye la base de la fundamentación *iusfundamental* y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. Es un elemento básico no sólo de la dogmática de los derechos de libertad e igualdad, sino también de los derechos a protección, organización y procedimiento y a prestaciones en sentido estricto.

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos de diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.

En cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o bien un principio.

Un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o bien declarando inválida, por lo menos, una de las reglas.

4. Constitución de la República del Ecuador, 2008.

debido proceso.indd 96 14/09/2018 03:29:54 p.m.

Cuando dos principios entran en colisión –tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y según otro principio, está permitido– uno de los dos tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado, ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa.

> Más bien, el "conflicto" debería ser solucionado "a través de una ponderación de los intereses opuestos". Esta colisión puede ser solucionada mediante el establecimiento de una relación de precedencia incondicionada o condicionada. El concepto de relación de precedencia condicionada permite una respuesta simple. El principio P1 tiene, en un caso concreto, un peso mayor que el principio opuesto P2 cuando existen razones suficientes para que P1 preceda a P2 bajo las condiciones C dadas en el caso concreto.[5]

Sin embargo, la controversia es entre la regla constitucional con el principio, el valor y el derecho constitucional en sus contenidos esenciales, por lo que la antinomia en el ámbito de la jerarquía axiológica se erige en un mecanismo idóneo en la estructura normativa para establecer la validez aplicativa, por la cual prevalecen los principios sobre las reglas constitucionales.

ESTRUCTURA DE LA ARGUMENTACIÓN. LA CONSTITUCIÓN EN SENTIDO FORMAL Y EN SENTIDO MATERIAL

La interpretación de la norma constitucional en el sentido material de concreción de los principios de directa e inmediata aplicación debe superar el sentido formal, atendiendo al principio aplicado como el sentido material y al tenor literal sobre un sentido formal contenido en la regla como mandato determinativo. Siendo la perspectiva constitucional la de la aplicación directa e inmediata del principio *pro homine*, es necesario delimitar a los Derechos Humanos y a los Derechos Fundamentales.

5. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 134 y ss.

debido proceso.indd 97 14/09/2018 03:29:54 p.m.

La cuestión acerca de la posibilidad de admitir la existencia de normas constitucionales inconstitucionales presupone una determinada comprensión del concepto de constitución. En la medida en que aquí se aborda exclusivamente la cuestión sobre la constitucionalidad de las *normas jurídicas*, podemos dejar a un lado aquellas definiciones que entienden por Constitución algo distinto a un sistema de normas jurídicas; ya que una norma sólo puede ser enjuiciada mediante otras normas, y no a través de un estado o proceso evolutivo. Pero también, dentro del así delimitado concepto de Constitución, resulta necesario distinguir todavía entre la *Constitución escrita* o Constitución en sentido *formal*, que es, en esencia, una ley caracterizada por ciertos elementos formales –particularidades en su aprobación, su denominación y su reforma agravada–, o también la mayoría de aquellas leyes, y por consiguiente el contenido completo –que es, con frecuencia, en mayor o en menor medida circunstancial– de las disposiciones del texto constitucional. Por su parte, con el concepto de Constitución en sentido *material* se alude, en general, al conjunto de normas que regulan la Constitución, las funciones y las competencias de los órganos superiores del Estado, las estructuras básicas estatales y la posición de los ciudadanos en el seno del Estado.[6]

Así que por "derechos humanos" podríamos entender aquellos poderes amparados por una comunidad, que generan conductas obligatorias en los demás, y de los que se es titular por el simple hecho de *ser un miembro de la especie del homo sapiens*. Es decir, la nuestra.[7]

Los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos que son receptados en el texto constitucional y le son inherentes a la esfera de la dignidad humana.

La Constitución ecuatoriana configura a la vida digna como aquella que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios necesarios (art. 66 N° 2 CRE).[8]

6. Bachof, Otto, *op. cit.*, p. 88.

7. Rabinovich-Berkman, Ricardo, *¿Cómo se hicieron los derechos humanos?*, Buenos Aires, Didot, 2013, p. 13 y ss.

8. Constitución de la República del Ecuador, 2008.

debido proceso.indd 98 14/09/2018 03:29:54 p.m.

Es decir, el constituyente ecuatoriano construyó la esfera de la dignidad con los elementos de los derechos económicos, sociales y culturales, conocidos como de segunda generación; consecuentemente, fue más allá de los derechos de libertad que caracterizaron al constitucionalismo de corte liberal clásico.

PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

La Constitución de la República de Ecuador establece la titularidad de los derechos en las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos y a la naturaleza como sujeto de aquellos derechos que le reconoce la misma Constitución. Los principios de aplicación de los derechos están desarrollados al siguiente tenor:

Art. 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.
2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.
   Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.
   El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.
3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

debido proceso.indd 99 14/09/2018 03:29:54 p.m.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.
5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.
6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.
7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento
8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

   Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.
9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

debido proceso.indd 100 14/09/2018 03:29:54 p.m.

> Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.[9]

Estos principios de aplicación y ejercicio de los derechos fundamentales constituyen la piedra angular del derecho constitucional ecuatoriano surgido en Montecristi y que marca la frontera inicial del neoconstitucionalismo en el Ecuador. Sin embargo, de aquello se han deslizado reglas en el texto constitucional que entran en conflicto con los principios de aplicación de los derechos enunciados.

El artículo 66 numeral 4 de la CRE, establece que el Estado ecuatoriano reconoce y garantiza a las personas el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. Derecho cuyo ejercicio se rige por el principio de no discriminación contenido en el artículo 11 numeral 2 de la Carta Suprema, que ya se ha descrito.

El principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos:

> 1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; 2. Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; 3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia), y 4. Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud).[10]

A decir de Ferrajoli, en una sociedad democrática se requiere un mandato de igualdad porque los ciudadanos somos diferentes y desiguales. Diferentes en el ámbito individual y desiguales en el ámbito social. Los mandatos de igualdad desarrollados por Bernal y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, crean un

9. Constitución de la República del Ecuador, 2008.

10. Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 143.

debido proceso.indd 101 14/09/2018 03:29:54 p.m.

mecanismo clasificatorio para la vigencia plena de los derechos en un espectro de igualdad material.

ANTINOMIA DE RANGO CONSTITUCIONAL

En este contexto, es preciso analizar las características que tiene la Constitución de Ecuador cuando dispone en su articulado sobre conflictos del Estado con grupos vulnerables, pues hay evidentes confusiones. Estas contradicciones se dan entre el concepto del Estado legal de los derechos que se establecen, y el avance del neoconstitucionalismo que proscribe muchos de los derechos que en la Norma Fundamental se han creado.

Matrimonio discriminatorio

En el Ecuador los grupos identificados como LGBTI (Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgénero, Transexuales, Travestis e Intersex) han venido impulsando el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, yendo más allá de la unión de hecho que se ha venido reconociendo en la Constitución actual y anteriores, en el Código Civil y en la Ley del Registro Civil. Para ello han acudido al ente administrativo de Registro, a pretender el matrimonio entre personas del mismo sexo, las mismas que han sido negadas y frente a lo cual han acudido a plantear acciones constitucionales de protección como garantía jurisdiccional en ciudades como Quito y Guayaquil, las mismas que también han sido inadmitidas, por lo cual se están planteando Acciones Extraordinarias de Protección a efectos de que la Corte Constitucional, a través de sentencia de efecto *erga omnes*, establezca el decantar de los casos y le otorgue contenido a los derechos de igualdad sin discriminación tanto en la esfera formal como material dentro de una actividad de litigio estratégico.

En el artículo 67 de la Constitución de la República se reconoce que:

> … la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Éstas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

debido proceso.indd 102 14/09/2018 03:29:54 p.m.

> El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.[11]

Es decir que regla un trato diferenciado por razones de identidad sexual, pese a que los destinatarios de la institución matrimonial comparten identidad fáctica de parejas que deciden unir jurídicamente su existencia.

El matrimonio igualitario es una propuesta, en su núcleo más importante, relacionada con el valor de la idea constitucional de la igualdad. Conforme a dicho argumento, el Estado tiene el deber de tratar a todos los miembros de la sociedad con igual consideración y respeto. Aquellos que quieran denegarles a las personas del mismo sexo la posibilidad de acceder a la institución del matrimonio deberían ser capaces de socavar la fuerza del argumento igualitario demostrando por qué el tipo de distinciones que proponen resulta plausible y jurídicamente relevante.

Sin embargo, "ninguna de las vías argumentativas examinadas por los críticos del matrimonio entre personas del mismo sexo se muestra capacitada para debilitar la fuerza del argumento igualitario".[12]

La inclusión del matrimonio igualitario en las normas de derecho común se origina por un planteo de trato igualitario del colectivo de personas LGBTI. Se resume a la pregunta: ¿Por qué se nos niega a nosotros la libertad matrimonial que se otorga a las parejas de diferente sexo?

Los argumentos en contra del matrimonio igualitario se reiteran con todas sus debilidades a lo largo de diversas prácticas constitucionales: a saber, el argumento de la concepción tradicional del derecho de familia, de la concepción de matrimonio y voluntad del constituyente histórico; el argumento del juego de la etimología de las palabras y las definiciones constitucionales y de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos; el argumento de la procreación; el argumento de evitar adopciones, entre otros. La reiteración argumentativa pone en evidencia, en razón de los contraargumentos esgrimidos, su debilidad. No existe razón de peso para la falta de reconocimiento

11. Constitución de la República del Ecuador, 2008.

12. Gargarella, Roberto, "Matrimonio y diversidad sexual: el peso del argumento igualitario", en Aldao, Martín *et al.*, *Matrimonio Igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, EUDEBA, 2010, p. 144.

debido proceso.indd 103 14/09/2018 03:29:54 p.m.

del matrimonio igualitario en prácticas constitucionales que asumen como principios estructurantes el de autonomía y/o igualdad.

En esta perspectiva se trató de sostener que un sistema que se base en tales principios cumple una función argumentativa crítica. Se trata de evaluar la incompatibilidad de las normas de nivel inferior que impiden la paridad participativa del colectivo LGBTI, tales como las normas del matrimonio interpretadas sólo para parejas de distinto sexo.

La combinación de estos dos principios estructurantes tiene una función constructiva ya que muestra una forma de promover un camino para lograr la igualdad fáctica de participación para el colectivo LGBTI. En este sentido, no se trata de la defensa desnuda del matrimonio como patrón de valor cultural patriarcal. Uno puede esperar que la apertura de la opción del matrimonio igualitario (o cualquier otro medio adecuado, incluso más propicio para lograr paridad participativa del colectivo LGBTI) prepare el terreno para futuras luchas por el reconocimiento y redistribución (incluso en clave de medidas de acción positiva). A su vez, y retomando a Nancy Fraser, ello a largo plazo puede transformar, por sus efectos acumulativos, las estructuras subyacentes que causan injusticia.[13]

En el Ecuador el deterioro de la institucionalidad democrática por la pérdida de estándares mínimos de independencia de los poderes públicos ha conllevado que la visión, los valores y las creencias del ex primer mandatario Rafael Correa sean los que se impongan en el convivir social ecuatoriano, siendo él un católico practicante confeso. Es evidente que sobre este tema existe gran influencia de los valores, reglas y principios impuestos desde el Vaticano, en menoscabo de los derechos de personas pertenecientes a grupos vulnerables, quienes son destinatarias de acción afirmativa para obtener igualdad material sin discriminación.

OPINIÓN CONSULTIVA

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ante la solicitud de la República de Costa Rica, emitió en fecha 24 de noviembre de 2017 la Opinión Consultiva OC-24/17 con relación a la identidad de género

13. Clérico, Laura y Aldao, Martín, "El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía", en *Matrimonio igualitario, op. cit.*

debido proceso.indd 104 14/09/2018 03:29:54 p.m.

e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo como un mecanismo de interpretación y alcance de los artículos 1.1., 3, 7, 11.2., 13, 17, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En concreto, en el numeral 8 y a partir del párrafo 200,[14] el ente jurisdiccional interamericano desarrolla los mecanismos por los cuales el Estado podría proteger a las familias diversas haciendo un recorrido por varios Estados parte del sistema, así como de los entes del sistema universal de Naciones Unidas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con algunas referencias normativas y jurisprudenciales, y relievando los avances en torno a la creación de nuevas figuras jurídicas para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo de conformidad con el Principio *pro persona*. Así, se determina que establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellos del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia –sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil–, no logra superar un test estricto de igualdad, por el cual el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso, por ello, el medio escogido debe ser adecuado y efectivamente conducente así como necesario, es decir que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo, y adicionalmente debe aplicarse un juicio estricto de proporcionalidad por el cual los beneficios de la medida deben ser claramente superiores a las restricciones que impone.

Sin embargo la Corte, cuando se refiere a Ecuador en el párrafo 211, recalca la unión de hecho de parejas del mismo sexo por la reforma al Código Civil de 2015 y por la Resolución del Registro Civil desde 2014, por la cual se permite la inscripción en el Registro Civil de una unión de hecho.

La Corte considera que la restricción constitucional sobre el matrimonio establecida en el artículo 67 inciso segundo (que "el matrimonio es la unión entre hombre y mujer…") no se encuentra en contradicción con el mandato de igualdad material y no discriminación establecido en el artículo 66 numeral 4 ni en disonancia con los deberes primordiales del Estado en cuanto a garantizar el goce de los derechos establecidos en la Constitución. Tampoco infringe la prohibición de discriminación por razones de sexo y orientación sexual consagrada

14. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, 24/11/17, párrafos 220 y 81.

debido proceso.indd 105 14/09/2018 03:29:54 p.m.

en los instrumentos internacionales conforme el artículo 3 numeral 1 y los principios contenidos en el artículo 11.

La Corte observa que la oposición al matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosóficas, y afirma que a pesar de su importancia, estas no pueden ser utilizadas como parámetro de convencionalidad a fines de determinar los derechos de los seres humanos.

Ante ello, la Corte considera que no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual por un lado y la homosexual por otro, ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria y por tanto incompatible con la Convención Americana.[15]

Adicionalmente, la Corte desarrolla el principio de la dignidad humana en la derivación de la plena autonomía de una persona para escoger con quién quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea natural (unión de hecho) o solemne (matrimonio), y lo considera intrínseco a los aspectos más íntimos y relevantes de su identidad y proyecto de vida.

Sin ignorar las dificultades institucionales que existen en los Estados parte, la Corte considera que aquellos Estados que aún no garanticen a las personas del mismo sexo su derecho de acceso al matrimonio están igualmente obligados a no violar las normas que prohíben la discriminación de estas personas, y deben garantizarles los mismos derechos derivados del matrimonio.

Con lo expuesto y respondiendo a la pregunta quinta del Estado de Costa Rica, la Corte decidió, con 6 votos a favor y 1 en contra, lo siguiente:

> De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228.[16]

15. Ídem, párrs. 223 y 224.

16. Ídem, inciso 8 de la opinión.

debido proceso.indd 106 14/09/2018 03:29:54 p.m.

La Constitución de la República ecuatoriana en el artículo 93 tiene considerada la garantía jurisdiccional de la acción por incumplimiento que tiene por objeto garantizar el cumplimiento, entre otros, de informes de organismos internacionales de derechos humanos cuando contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La potestad corresponde a la Corte Constitucional. Por esta vía jurisdiccional, la referida opinión consultiva es ejecutable en Ecuador en observancia de los principios de aplicación directa de los derechos fundamentales, de interés más favorable a los derechos y de la cláusula abierta en materia de derechos humanos que están enunciadas en el texto constitucional.

COMENTARIO FINAL

La Constitución de un Estado democrático dentro de su estructura normativa desarrolla valores, principios y reglas en un coyuntural contexto político; estructura que está llamada a guardar la armonía que un ordenamiento jurídico requiere. Esto no siempre es posible dado que pueden surgir contradicciones, conflictos, lid o antinomias constitucionales, entre los valores y principios con ciertas reglas también enunciadas en el texto constitucional.

He preferido denominar a estas controversias constitucionales como antinomias dado que la solución de la controversia tiene que establecer necesariamente rangos de validez normativa y consecuentemente espacios de invalidez aplicativa. El método de la antinomia nos permite esbozar una pretensión de solución de la controversia, con un esquema de estructura normativa.

Ahora las reglas de solución de antinomias establecen como estándar de aplicación aquella que sea jerárquicamente superior, especial o posterior.

De estas tres reglas, la de temporalidad es inaplicable en las contradicciones analizadas ya que fueron emitidas el mismo 20 de octubre de 2008, la de especialidad tampoco ya que esta es una relación frente a una norma de carácter general y la más general de todas las normas jurídicas de un Estado democrático es su Constitución. Ante ello, prefiero la solución por el principio de la norma jurídica estructurada jerárquicamente superior.

debido proceso.indd 107 14/09/2018 03:29:54 p.m.

Sustentado en que "todos los principios y los derechos son de igual jerarquía", el constituyente degradó en jerarquía las reglas que, como mandatos de determinación, están contenidas en la misma Constitución. Consecuentemente, si consideramos los principios y los derechos constitucionales en igualdad de jerarquía y como mandatos de optimización, es decir, de máxima realización hasta lo fáctica y jurídicamente posible, estos prevalecen por jerarquía superior axiológica a las reglas constitucionales.

Por lo analizado, una Constitución en general y la Constitución ecuatoriana en particular puede contener disposiciones que contravienen valores, principios y derechos constitucionales, los cuales se convierten, por jerarquía teleológica y estructura normativa, en inconstitucionales. Ello, a su vez, las torna inaplicables en el ordenamiento jurídico y deberá desarrollarse –necesariamente y sin que requiera enmiendas o reformas– jurisprudencia que emane de la jurisdicción ordinaria cuando se reconocen garantías jurisdiccionales. En materia estrictamente constitucional y por el ente de cierre del sistema, la Corte Constitucional debe, en ejercicio de su independencia del Poder Ejecutivo, acoger y aplicar la Opinión Consultiva OC-24/17, asegurando la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo y sin discriminación con respecto a las constituidas por parejas heterosexuales para configurar una sociedad democrática con el eje transversal de la igualdad formal y material.

debido proceso.indd 108 14/09/2018 03:29:54 p.m.

LA TUTELA EFECTIVA EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES Y LA REPRESIÓN DE ACTOS HOMOGÉNEOS

Por Jorge Balbi Calmet

INTRODUCCIÓN

El Código Procesal Constitucional peruano, promulgado el 31 de mayo de 2004, constituye un referente en Latinoamérica sobre regulación sistemática en materia procesal constitucional. Fue un producto de largos debates con el propósito de mejorar la legislación en materia constitucional, y se erigió como un cuerpo legislativo moderno, orgánico, avanzado y cuyo contenido introdujo instituciones novedosas, no sólo para el Perú sino también para la normativa procesal de los demás países de la región.

Este modelo de referencia sistematizó la normativa constitucional que se encontraba dispersa en diversas leyes y precedentes jurisdiccionales, estructurando así un cuerpo legislativo constitucional que incluyó instituciones procesales de vanguardia que tienen como objeto la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

Dentro de este contexto, el Código recoge las siguientes:

1. La potestad del Juez Constitucional de pronunciarse sobre el fondo de la controversia, pese a haber cesado la agresión o que esta se hubiera convertido en irreparable, con el único propósito de estimar la demanda y disponer que dichos actos vulneratorios no vuelvan a producirse bajo apercibimiento de aplicarse medidas coercitivas contempladas en el artículo 22 del mismo Código;
2. la viabilidad del amparo contra normas legales, que con la antigua legislación estaba cerrado, puesto que se consideraba que el único proceso que podía cuestionar la constitucionalidad de las normas era la acción de inconstitucionalidad. De esta manera se permite que cualquier persona pueda acudir a denunciar la aplicación de una norma

debido proceso.indd 109 14/09/2018 03:29:54 p.m.

por inconstitucional, cuestionando un acto concreto violatorio como consecuencia de los efectos de una norma cuestionada;
3. el reconocimiento de medidas cautelares provisionales a efectos de tutelar el derecho constitucional presuntamente afectado disponiendo la suspensión del acto violatorio;
4. se establece mecanismos procesales de coerción que apoyarán al juez constitucional en su labor de hacer que se cumplan sus decisiones;
5. la tutela anticipada;
6. la sentencia ampliatoria que permite que el juez disponga la ejecución de su decisión;
7. la represión de actos homogéneos.

Estas dos últimas instituciones son, a nuestra consideración, las principales innovaciones del cuerpo normativo, toda vez que su implementación trae la posibilidad de ejercer con tutela efectiva la real efectividad y trascendencia de las sentencias constitucionales.

Esta es la importancia del tema para los procesos constitucionales, pues la represión de actos homogéneos otorga verdadera vinculación a la decisión emitida en un proceso constitucional, ya que impide que un acto lesivo por el mismo denunciado con las mismas características al declarado inconstitucional en forma anterior vuelva a reproducirse con inmunidad. La prohibición de repetir le permite al afectado no tener que replantear el caso, pues le bastará denunciar al juez de ejecución del proceso de amparo en el que se dictó la sentencia estimatoria, para que sea este quien declare el nuevo acto presuntamente lesivo como "homogéneo" y de esta manera eludir la multiplicación de casos judiciales.

CONTENIDOS DEL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que

> En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no sólo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca

debido proceso.indd 110 14/09/2018 03:29:54 p.m.

> garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia.[1]

Al ser un derecho complejo, su concepto no está delimitado en un solo aspecto, sino que está integrado por varios conceptos que engloban y determinan su real dimensión. Por su parte, tanto la jurisprudencia nacional como internacional han buscado delimitar el contenido constitucional del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para que pueda denunciarse su afectación a través de un proceso constitucional.

Así, tenemos que el contenido esencial de este derecho está comprendido por:

a. el acceso a la justicia;
b. el debido proceso;
c. el derecho a una resolución fundada en derecho; y
d. el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales como parte integrante del bloque del derecho de la tutela judicial efectiva, permite que la consecuencia de lo resuelto por los órganos jurisdiccionales se concrete en la realidad y no sea una decisión meramente declarativa, que no sólo haya constituido para las partes tiempo, costo, esfuerzo, sino que también sea de una eficacia real. Su reconocimiento se encuentra contenido en el inciso 2 del mismo artículo 139 de la Constitución Peruana, en el que se menciona que "ninguna autoridad puede [...] dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada [...] ni retardar su ejecución".

Dicha consecuencia está íntimamente ligada al concepto de la institución de la cosa juzgada, puesto que después de que ha transcurrido todo un trámite procesal y se ha obtenido una decisión final, es legítimo que el resultado judicial definitivo se efectivice en los términos establecidos. La exigencia de efectividad encuentra lógica elemental en que la obtención de un pronunciamiento judicial definitivo, válido y razonable no puede constituir un acto meramente declarativo. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado:

> a) que este derecho comprende, entre otras cosas, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, es decir que el fallo judicial se cumpla y que al justiciable vencedor en juicio justo y debido se le restituya su

1. Tribunal Constitucional de Perú, Lima, Expte. N° 00763-2005-AA/TC. F.J. 6, 13/04/2005. Disponible en: https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00763-2005-AA.html

debido proceso.indd 111 14/09/2018 03:29:54 p.m.

> derecho y se lo compense, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; y b) que el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales exige no sólo que quienes hayan resultado vencidos en juicio cumplan todos los términos señalados en la sentencia firme, sino también impone deberes al juez y, en particular, a aquellos que están llamados a ejecutar lo resuelto en la sentencia. En particular, la responsabilidad de ejecutarlas, para lo cual tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias y oportunas destinadas a dar estricto cumplimiento a la sentencia, las que deberán tomarse sin alterar su contenido o su sentido.[2]

La jurisprudencia internacional, a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia denominada "Hornsby c/ Grecia", de fecha 13 de marzo de 1997, sostuvo que el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales forma parte de las garantías judiciales, pues sería ilusorio que "el ordenamiento jurídico interno de un Estado contratante permitiese que una decisión judicial, definitiva y vinculante, quedase inoperante, causando daño a una de sus partes".

SENTENCIAS CONSTITUCIONALES EN LOS PROCESOS DE CONTROL CONCRETO

La Constitución peruana en su artículo 200 establece las acciones de garantías constitucionales, señalando como procesos constitucionales contra actos concretos a los siguientes: 1) hábeas corpus, 2) amparo, 3) hábeas data y 4) cumplimiento.

Estos procesos denominados como "procesos de control concreto" tienen como finalidad verificar la denuncia de afectación de un derecho fundamental realizada por una persona o varias, solicitando al juez constitucional la tutela de sus derechos.

La denuncia legitima la intervención de la justicia constitucional a efectos de que analice la presunta afectación de un derecho fundamental realizada por el Estado o un particular, y dicho análisis constituye una defensa de la Constitución.

En el sistema, estas acciones constitucionales son actos concretos (ya sea hábeas corpus, amparo, hábeas data o cumplimiento) y tienen como juez de primera instancia y como órgano de segundo grado a

2. Tribunal Constitucional de Perú, Lima, Expte. Nº 01334-2002-AA/TC, fundamento 2, 28/01/2003. Disponible en: https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01334-2002-AA.html

debido proceso.indd 112 14/09/2018 03:29:54 p.m.

jueces del Poder Judicial, quienes actúan como subrogantes "postizos" de la justicia constitucional, pues aunque estructuralmente los jueces pertenecen y están integrados al Poder Judicial (siendo remunerados por dicho órgano) jurisdiccionalmente están sometidos al Tribunal, Constitucional y a sus precedentes. En ese sentido cabe señalar que la última instancia radica en este tribunal, que resulta un órgano autónomo e independiente y fiel intérprete final de la Constitución.

Recuérdese que el Tribunal Constitucional es un órgano que no forma parte de la estructura del Poder Judicial, pero influye en él con la formación de jurisprudencia obligatoria y precedentes vinculantes.

Con ello se ha buscado instaurar una justicia constitucional independiente, aunque no se ha podido implementar de manera cabal ante la complejidad de articular cohesionadamente la actividad jurisdiccional ordinaria con la constitucional.

En los procesos de control concreto, la sentencia constitucional final estimatoria tiene efectos sólo entre las partes intervinientes del proceso, a partir de la fecha en la que se dicta. Después entra en la faz ejecutiva, donde será el juez constitucional quien podrá hacer uso de todos los mecanismos procesales establecidos en el código de la materia para ejecutar la decisión.

Podemos observar la estructura de los procesos de control concreto en nuestro sistema actual de forma gráfica:

Demanda Constitucional

↓

Juez de Primera Instancia
Juez del Poder Judicial

↓

Jueces de Segundo Grado o Instancia
Jueces del Poder Judicial

↓

Tribunal Constitucional o Tercer Grado o Instancia
Órgano autónomo e independiente que no pertenece al Poder Judicial

debido proceso.indd 113 14/09/2018 03:29:55 p.m.

LA REPRESIÓN DE ACTOS HOMOGÉNEOS

Esta es una institución procesal considerada en el artículo 60 del Código Procesal Constitucional. Con ella se persigue que la eficacia de una decisión final con calidad de cosa juzgada se extienda a otros actos análogos realizados entre las mismas partes que participaron en el proceso primigenio.

La institución constituye un instrumento capaz de evitar que una persona que ha obtenido una decisión estimatoria en la que se declara la transgresión de sus derechos, deba volver a demandar tutela en un nuevo proceso judicial sobre la misma materia, lo que generaría retardo en la justicia por el tiempo y los costos que conlleva.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha desarrollado y regulado la referida institución en atención a que requiere de un instrumento eficaz que garantice la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas, de manera que se evita el inicio de un proceso constitucional frente a actos que de forma previa han sido analizados y calificados como lesivos de derechos fundamentales. Cabe señalar que esta institución fue progresando para ser aplicada en los procesos constitucionales de amparo, donde se persigue la protección de derechos fundamentales, y extendida por jurisprudencia a los demás procesos de control concreto.

En resumen, podemos concluir preliminarmente que la represión de actos homogéneos no es un proceso autónomo o nuevo pues se trata de una acción dentro de un proceso constitucional preexistente pero ya concluido con sentencia con calidad de cosa juzgada. De esta manera se garantiza y extiende el concepto del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva a actos nuevos, pero análogos a los reprimidos anteriormente en un proceso constitucional, evitando una nueva tramitación que termine por dilatar la real protección de los derechos constitucionales y la recarga procesal innecesaria.

Antecedentes y marco normativo

En la exposición de motivos del Código Procesal Constitucional se puede observar la justificación que sustenta a la institución de la represión de actos homogéneos:

> El proyecto regula la actuación de la sentencia, permitiendo que el sujeto victorioso que ejecutó la sentencia, pero que, luego de tal acto, sufra

debido proceso.indd 114 14/09/2018 03:29:55 p.m.

> perjuicios como resultado de actos u omisiones que el Juzgador califique de homogéneos a aquellos que ya fueron reprimidos en el proceso de amparo concluido, pueda, previa concesión del contradictorio, resolver en decisión de actuación inmediata la represión del nuevo acto agraviante.[3]

Como se puede advertir de la justificación mencionada, no existe mayor desarrollo ni análisis, verificándose una carencia de argumentación y sustentación analítica sobre la represión de actos homogéneos, considerándose sólo un objetivo básico y general, pese a que dicha institución resulta transcendental en el proceso constitucional.

Sí creemos importante mencionar como precedentes para entender la creación de la represión de actos homogéneos en el Código Procesal, dos normas: el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dice:

> Artículo 25. Protección Judicial
> 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales [...] c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Asimismo, la institución se justifica en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que específicamente en sus párrafos primero, segundo y tercero establece:

> Artículo III. Principios Procesales
> Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, inmediación y socialización procesales.
> El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente Código.
> Asimismo, el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales.

3. Disponible en: http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/clproley2001.nsf/pley/7224EF383BCF125305256DFD00632C11?opendocument

debido proceso.indd 115 14/09/2018 03:29:55 p.m.

> Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación.

Como se podrá apreciar, la represión de actos homogéneos busca esencialmente propiciar la economía procesal, impulsar los procesos inclusive de oficio y procurar adecuar las exigencias de las formalidades al logro de los fines de los procesos y con mayor razón de las sentencias recaídas en estos.

Bajo estos antecedentes, el texto legislativo que sustenta la represión de actos homogéneos está contenido en el artículo 60 del Código Procesal Constitucional:

> Artículo 60. Procedimiento para represión de actos homogéneos. Si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez de ejecución. Efectuado el reclamo, el Juez resolverá este con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. La resolución es apelable sin efecto suspensivo. La decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviniente.

De este contenido se desprenden varias premisas de la represión de actos homogéneos que analizaremos más adelante, cuando veamos su desarrollo en la jurisprudencia constitucional; sin embargo, podemos adelantar lo siguiente:

1. Debe existir una sentencia en un proceso de amparo que identifica un derecho que ha sido lesionado.
2. La denuncia del acto homogéneo tiene que ser impulsada por la parte interesada, no puede ser de oficio.
3. Debe desarrollarse ante el mismo juez de ejecución que tuvo a su cargo el cumplimiento de la sentencia consentida en el proceso de amparo.
4. El trámite, como veremos adelante, se establece de una manera muy genérica: sólo un traslado de 3 días, se dicta la resolución y esta se apela sin efectos suspensivos.
5. No se señala si es sentencia o auto el que declara la homogeneidad y amplía la sentencia original que declaró fundado el amparo.

debido proceso.indd 116 14/09/2018 03:29:55 p.m.

Desarrollo en la jurisprudencia constitucional

Ya hemos anticipado que la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional ha buscado coadyuvar con la regulación de la institución contemplada en el Código Procesal Constitucional, ya que al no existir mayores antecedentes ni desarrollo legislativo ha sido de interés del colegiado constitucional establecer aspectos procesales sobre su procedencia, características y finalidad.

Así, las principales sentencias constitucionales que desarrollan la institución de Represión de Actos Homogéneos son las siguientes:

> La Sentencia N° 5033-2006-PA/TC: Esta es la primera decisión del Tribunal Constitucional Peruano sobre la materia de actos homogéneos, emitida con fecha 4 de julio de 2007, en un proceso de amparo seguido por Víctor Segundo Roca Vargas contra el Consejo Nacional de la Magistratura. En esta se desarrolló los siguientes temas: ¿Cuándo se está ante un "acto sustancialmente homogéneo" al declarado lesivo en la sentencia?; ¿Cuáles son los presupuestos que se requieren para identificar a un acto lesivo homogéneo?; y, ¿Cuál es la finalidad de la institución de la Represión de Actos Homogéneos?
>
> La Sentencia N° 04878-2008-PA/TC: Se trata de un proceso de amparo que tiene por demandante a la empresa Vda. De Mariátegui e hijos S.A. contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat) y el Tribunal Fiscal, el Tribunal Constitucional con fecha 20 de marzo de 2009. En esta se desarrolla de manera más integral la institución de la represión de actos homogéneos. Y se analiza los casos en los que se mostraba la renuencia por parte de los obligados a cumplir con la decisión constitucional.

En esta sentencia se desarrolla la definición de la institución de represión de actos homogéneos; el fundamento de la institución; su relación con otras instituciones procesales; los presupuestos requeridos para conocer un pedido de actos lesivos homogéneos; los criterios para identificar un acto lesivo y los aspectos de índole procesal.

> La Sentencia N° 05287-2008-PA/TC: En este caso, el señor Mario Lovon Ruiz-Caro interpuso demanda de amparo contra el Ministerio de Relaciones Exteriores con el fin de que se declare la inaplicabilidad de la Ley N° 28901 (Ley del Servicio Diplomático) por considerar que era discriminatorio. Con fecha 4 de setiembre de 2009 el Tribunal Constitucional emite pronunciamiento realizando algunas precisiones sobre la institución de represión de actos homogéneos, ratificando y reafirmando los criterios que el Tribunal Constitucional desarrolló en la jurisprudencia referida en el punto anterior.

debido proceso.indd 117 14/09/2018 03:29:55 p.m.

CONCEPTUALIZACIÓN CONCLUSIVA

En síntesis, no hay desarrollo doctrinario que permita conceptualizar el instituto de la represión de actos homogéneos, desde que ello proviene –mayormente– de la jurisprudencia constitucional.

Así ha dicho:

> La represión de actos lesivos homogéneos es un mecanismo de protección judicial de derechos fundamentales frente a actos que presentan características similares a aquellos que han sido considerados en una sentencia previa como contrarios a tales derechos. En este sentido, lo resuelto en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales no agota sus efectos con el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia respectiva, sino que se extiende hacia el futuro, en la perspectiva de garantizar que no se vuelva a cometer una afectación similar del mismo derecho. [4]

Como se aprecia, la represión de actos homogéneos constituye un mecanismo especialísimo del derecho procesal constitucional que otorga eficacia plena al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que tiene como finalidad que las decisiones judiciales emitidas en los procesos constitucionales transciendan a actos posteriores, seguidos entre las mismas partes y que vulneran derechos fundamentales de forma análoga a la sancionada en la decisión judicial.

De esta manera se evita el inicio de nuevos procesos constitucionales que retrasan la función de la justicia constitucional, que es la real defensa de los derechos fundamentales.

PRESUPUESTOS

Los presupuestos de admisión están delineados por el Tribunal Constitucional:

> Que exista una sentencia constitucional estimatoria emitida en un proceso constitucional, que reponga los derechos fundamentales al demandante;
> Que dicha sentencia estimatoria tenga la calidad de firme y que constituya cosa juzgada, esto es que contra ella no proceda medio impugnatorio alguno, y;
> La sentencia firme y final debe haber sido ya ejecutada y cumplida.

4. Disponible en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/01495-2012-AA.html

debido proceso.indd 118 14/09/2018 03:29:55 p.m.

Estos presupuestos amplían su ámbito de aplicación a otros procesos constitucionales, tal como el proceso de hábeas data. En este proceso, el artículo 65 del Código Procesal Constitucional permite aplicar las normas sobre el proceso de amparo. En tal sentido la institución de represión de actos homogéneos puede ser aplicada en este tipo de procesos.

En el caso del proceso de hábeas corpus, su aplicación es acorde con la misma finalidad que comparte con el proceso de amparo, esto es la defensa de derechos fundamentales a través de un proceso rápido y efectivo. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de que la institución de represión de actos homogéneos sea aplicada en el proceso de hábeas corpus, en su sentencia N° 4909-2007-PA.

Se presenta una situación singular en el caso del proceso de cumplimiento, ya que en este se persigue hacer frente a una omisión de la administración respecto a una norma legal o un acto administrativo. Dado que el acto reclamado en estos procesos consiste en una omisión, la sentencia estimatoria sólo se verá cumplida si se revierte la omisión identificada. En este sentido, mientras dure la omisión, no podrá solicitarse un pedido de represión de actos homogéneos, sino que serán de aplicación las medidas coercitivas destinadas al cumplimiento de lo decidido en la sentencia constitucional estimatoria previa.

Una situación diferente observamos en los casos en que el acto administrativo o la norma legal establece un mandato que debe ser cumplido de forma periódica, es decir en los casos en los que el mandato contenido en la sentencia tenga que ejecutarse de manera periódica.

Es así que, si luego de que el mandato judicial se ejecuta de forma parcial se vuelve a presentar la omisión, se estaría frente a un incumplimiento que ha vuelto a reiterarse y que es contrario a lo decidido por el juez. Este supuesto puede presentarse tanto en los amparos como en los procesos de cumplimiento.

En consecuencia, conforme lo expresa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la institución de la represión de los actos lesivos homogéneos puede ser aplicada en los procesos constitucionales de control concreto, para la tutela de derechos fundamentales y por tanto también, e incluso, en el proceso de cumplimiento y de hábeas data.

Es importante señalar, finalmente, que no existe normativa ni jurisprudencia para la aplicación de la institución de represión de actos homogéneos en los procesos de control abstracto (proceso de acción

debido proceso.indd 119 14/09/2018 03:29:55 p.m.

popular y acción de inconstitucionalidad), así como en los procesos ordinarios en los que se ha ejercido el control constitucional difuso. Ello motiva en nuestra opinión una necesaria modificación legislativa, a fin de extender los alcances de la figura de esta institución de represión de actos homogéneos a estos procesos.

LA MANIFIESTA HOMOGENEIDAD

La exigencia de la homogeneidad del nuevo acto lesivo debe ser evidente, lo que significa que debe ser manifiesta la homogeneidad entre el acto anterior y el nuevo, no pudiéndose inferir ni deducir. De no ser manifiesta ni evidente la homogeneidad del acto lesivo denunciado, deberá declararse la improcedencia de la solicitud de represión respectiva.

No obstante lo señalado, ante la denuncia de un acto que se considera como atentatorio de derechos fundamentales, que no es homogéneo al declarado previamente en el proceso constitucional, el presunto afectado podrá interponer una nueva demanda de amparo contra el acto que considera lesivo y vulneratorio de sus derechos fundamentales. Con lo expresado queremos sostener que la desestimatoria de un pedido de represión de actos homogéneos no impide que el presunto afectado interponga una nueva demanda de amparo contra él.

Ahora bien, ¿cuándo se encuentra un acto homogéneo? Lo objetivo es verificar la homogeneidad del nuevo acto respecto a uno anterior. Luego analizar los elementos subjetivos, es decir, verificar si el acto invocado como homogéneo presenta similares características respecto de aquel que dio lugar a la sentencia del proceso constitucional.

Así lo dice el artículo 60 antes referido cuando pide que el acto lesivo deba ser "sustancialmente homogéneo" al declarado lesivo.

Un aspecto importante a recalcar es que no corresponde únicamente analizar las características del acto sino también las razones que lo originaron, pues pueden ser diferentes a las invocadas en un primer momento.

Nuevamente aquí se manifiesta la importancia de establecer en forma clara, en la sentencia respectiva, cuál es el acto lesivo que ha sido identificado como violatorio de un derecho fundamental.

debido proceso.indd 120 14/09/2018 03:29:55 p.m.

El carácter homogéneo del nuevo acto lesivo debe ser manifesto, es decir, no deben existir dudas sobre las características esencialmente iguales entre el acto anterior y el nuevo, siendo que, para la determinación de esta identidad en cada caso concreto, el juez constitucional deberá recurrir a un juicio de comparación entre los términos comprendidos.

En caso contrario, debe declararse improcedente la solicitud de represión respectiva, sin perjuicio de que el demandante inicie un nuevo proceso constitucional contra aquel nuevo acto que considera que afecta sus derechos fundamentales, pero que no ha sido considerado homogéneo respecto a un acto anterior.

debido proceso.indd 121 14/09/2018 03:29:55 p.m.

LA INFLUENCIA DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO CIVIL

Por Paulo José Monteiro Santos Lima

INTRODUCCIÓN

El Código de Proceso Civil[1] brasileño consagra, en su artículo 1, el primado de los valores y principios constitucionales. Así, el proceso civil deberá ser interpretado sobre la base de la Constitución Federal: "Art. 1. El proceso civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme a los valores y las normas fundamentales establecidas en la Constitución de la República Federativa del Brasil, observándose las disposiciones de este Código".

Se puede argumentar que la principal característica del Código de Proceso Civil, desde el punto de vista de los principios, sería el cambio de paradigma con relación al proceso ortodoxo. Se observa la tendencia de traer al proceso civil los derechos y garantías fundamentales de matiz constitucional, así como la nítida preocupación de efectivizar materialmente, por medio del proceso, esos postulados. La doctrina más calificada, como dicen Passoni y Silveira:[2]

> Al ampliar el rol de principios expresados en el cuerpo de la ley procesal y al incorporar expresamente al sistema procesal (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL (LGL\1973\5)) principios jurídicos adrede no explicitados en el CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL/1973 (LGL\1973\5), el Proyecto refuerza, de forma saludable, la naturaleza de la Ciencia del Derecho Procesal Civil, en pro de la finalidad eficiente del instrumento de solución de conflictos.

1. Ley Nº 13105, del 16/03/15, Brasilia, Brasil. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm [Consulta: 26/02/2018].

2. Passoni, Marcos Paulo; Guedes Garcia da Silveira, Fabio, "Breve Abordagem sobre alguns princípios constantes no Projeto do novo Código de Processo Civil", en *Revista de Processo*, vol. 211, 2012, p. 239.

debido proceso.indd 123 14/09/2018 03:29:55 p.m.

En la actualidad, el reconocimiento del carácter central de la Constitución y de la fuerza normativa de los principios, permite encontrar un nuevo papel en el desempeño del Poder Judicial, atribuyéndole la responsabilidad de construir con eficacia las soluciones jurídicas de los casos concretos; el punto de partida es el respeto a la integridad del proceso como ordenamiento garantista que debe asegurar las expectativas históricas de cada pueblo (basadas en la jurisprudencia) y consideración al pluralismo social. Con ello podrá, a veces, desatender la objetividad de los parámetros mayoritarios trazados por la ley y asimilar, entonces, una nueva perspectiva axiológica de respeto a la dignidad humana trazada a partir de la Constitución.

El derecho, en ese contexto, se revela íntegro y realza su fe de conformar el orden jurídico y político según la materialización de la noción de dignidad de la persona humana.

Esto no significa que en el ambiente de la decisión judicial, el órgano judicial esté usurpando funciones de la legislación. En efecto, el juzgador confiere concreción y coherencia al ordenamiento jurídico y al orden social, razón por la cual, cuando ejerce una actividad interpretativa acorde con la voluntad constituyente, hace abstracción del legislador ordinario, sin que haya violación al postulado de la separación de poderes sino, en realidad, un refuerzo.

EL PODER JUDICIAL COMO ÓRGANO DE ESTABILIZACIÓN SOCIAL

En un clima de inestabilidad social, especialmente en lo que se refiere al derecho a la salud, se hizo imperativo que el Poder Judicial promoviera la efectividad del acceso a este derecho esencial que supone prestar atención de buena calidad, prohijando la búsqueda de mecanismos que permitan la aplicación del Derecho de manera más flexible, a fin de garantizar la prevalencia de los principios constitucionales y la preservación de normas mínimas de dignidad de la persona humana.

En este contexto, trae luz el pensamiento de Barcellos[3] cuando afirma:

> Sin la existencia de parámetros normativos, aunque principiológicos, que nortean el quehacer hermenéutico, la interpretación jurídica acaba por

3. Barcellos, Ana Paula de, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, Río de Janeiro, Editora Renovar, 2002, p. 23.

debido proceso.indd 124 14/09/2018 03:29:55 p.m.

volverse demasiado abstracta, trayendo, a diferencia de la propalada certeza jurídica tan defendida por el positivismo, verdadera inseguridad en el proceso de aplicación de las reglas jurídicas.
Basta ver que los Estados Totalitarios, como el nazi y el fascista, fueron implementados incluso en un contexto formal de reconocimiento de derechos fundamentales de naturaleza constitucional:
El siglo XX, sin embargo, conoció la total subversión de los valores que inspiraron las revoluciones burguesas y fundamentaron la idea del Estado moderno y de la propia Constitución. Recuerde que aun siendo individualista, formal y pasivo, particularmente en lo que toca la intervención estatal, el humanismo del Estado Liberal fue el responsable de la consolidación histórica, aunque limitada, de la idea de centralidad del hombre.
A lo largo del siglo XX, en varios momentos y por varias razones, el hombre fue no sólo *funcionalizado*, sino también inmolado brutalmente en los altares del Estado-nación, del Estado-partido, de la ideología de la seguridad nacional, entre otras variaciones sobre temas semejantes. Las Constituciones, en ese tiempo, fueron ignoradas o manipuladas en su aspecto estrictamente positivo-formal. El Estado nazi alemán, aunque no fue la última de esas experiencias, fue ciertamente la más chocante, tanto por estampar la barbarie en tonos y formas casi increíbles, como por su consternación convivencia formal con la Constitución de Weimar de 1919.

Así, el paradigma del Estado de Derecho enfatiza la existencia de principios formales que garantizan la libertad del individuo y pregona la existencia del Estado mínimo no intervencionista. Este, a su vez, se desarrolla en el constitucionalismo social característico del Estado Constitucional, marcado por el nacimiento del Tribunal Constitucional como órgano especializado de control de constitucionalidad, siguiendo la ideología señera de Hans Kelsen, teniendo como primer ejemplo la Constitución de Austria de 1920. Y, por último, el paradigma actual –el Estado Democrático de Derecho– pautado en el principio de la dignidad de la persona humana que apunta a la realización material de los derechos fundamentales previstos constitucionalmente.

Por esa perspectiva, los derechos humanos, que por la visión liberal significaban la mera previsión normativa de esos preceptos en el texto constitucional, pasaron, bajo el paradigma del Estado Democrático de Derecho, a ser comandos constitucionales efectivizados por el Estado y por la sociedad por medio de la producción de normas jurídicas *infra constitucionales* que viabilizaron su obtención, así como la implementación de acciones afirmativas que aplican esas normas a la realidad social.

debido proceso.indd 125 14/09/2018 03:29:55 p.m.

Con este contexto, el Poder Judicial pasó a tener el deber de custodiar la realización concreta de los Derechos Humanos.

LOS PARADIGMAS ESENCIALES

De modo similar, el principio constitucional de la dignidad de la persona humana debe servir de norte para la hermenéutica de los textos normativos constitucionales e infraconstitucionales, a fin de posibilitar la efectividad social y jurídica de los derechos y garantías fundamentales.

A partir de reconocer que todo ordenamiento jurídico está basado en principios y valores esenciales que rigen para la comunidad a la que se destinan, podrá comprenderse por qué ellos pueden sobreelevarse ante la ausencia de norma específica que deba regir el caso concreto, actuando así como integradores principales que serán de observancia obligatoria, como en el caso de aquellos que exigen el respeto a los derechos fundamentales como la dignidad humana.

Como se ha visto, la solución primordial de los litigios, con especial énfasis en las demandas que versan sobre el derecho a la salud, es adecuada y aplicable no sólo en lo que se refiere al derecho interno, sino también en el ámbito internacional.

A partir de la breve concepción de lo que viene a ser un *paradigma*, estamos conscientes de renovar el concepto de ciencia, cuando el saber científico pasa a ser tomado como un saber que se sabe precario, desprovisto de pretensiones de conocimiento absoluto y no cartesiano. Se abre la idea de precisión indiscutible, sobre la que se asentaban las ciencias de la naturaleza, para abrir espacio a un pensamiento dinámico que se renueva y que puede expurgar arquetipos anteriormente incontestables.

La presente acepción de ciencia es realmente importante para el derecho, ya que las pretensiones de conocimiento absoluto y preciso eran bien convenientes a las ciencias naturales y exactas, pero afecta el ideal del derecho como ciencia, ya que la base convencional del derecho moderno, positivado, mutable y construido a partir de los casos concretos, no sería compatible con una idea de ciencia que pudiera ser presentada como un conocimiento indiscutible, perenne e inmutable. Thomas Kuhn afirma que el concepto de paradigma está "estrecha-

debido proceso.indd 126 14/09/2018 03:29:55 p.m.

mente relacionado con la ciencia norma".[4] Kuhn aclara que la expresión "paradigma" puede ser tomada en dos sentidos:[5]

> De un lado, indica toda la constelación de creencias, valores, técnicas, etc., compartida por los miembros de una comunidad determinada. De otro, denota un tipo de elemento de esa constelación: las soluciones concretas de rompecabezas que, empleadas como modelos o ejemplos, pueden subsistir reglas explícitas como base para la solución de los restantes rompecabezas de la ciencia normal.

La superación de un paradigma por otro no implica una inmediata y completa eliminación del modelo anterior, pero lo supera y lo vuelve actual no sólo para la producción de normas, sino mejor, para la interpretación del propio texto constitucional.

Así, por ejemplo, el principio de igualdad, que por la visión liberal significaba la mera previsión normativa de ese precepto en el texto constitucional, pasó bajo el paradigma del Estado democrático de derecho a ser un comando constitucional realizable por el Estado y por la sociedad, sea mediante la producción de normas jurídicas o por la implementación de acciones afirmativas que apliquen esas normas a la realidad social.

Un ejemplo que ocurre diariamente en la justicia federal de todo el país es el de las acciones para suministro de medicamentos por el poder público. El Poder Ejecutivo elaboró toda una política pública para usar los recursos disponibles y proporcionar un sistema de salud con financiación universal. Naturalmente, el sistema de salud pública y de financiación pública de Brasil presenta muchos problemas, pero se busca por medio de los órganos competentes el mejor uso y gestión de los recursos a fin de atender a la mayor población posible y de la mejor manera.

Esta es una materia que se refiere a la propia actividad administrativa del Estado, la cual tiene por objeto atender el interés público, en la forma de la ley y de la Constitución. Sin embargo, se observa que el Poder Judicial tiene frecuentemente, en las acciones de ese tipo, decisiones[6] que interfieren directamente en la gestión de la cosa pública (incluso con el

4. Kuhn, Thomas S., *A estrutura das revoluções científicas*, San Pablo, Perspectiva, 9ª ed., 2005, p. 30.

5. Ibídem, p. 220.

6. Véase, por ejemplo, el siguiente fallo: "Ementa: agravo regimental no agravo de instrumento. Fornecimento de medicamentos a paciente hipossuficiente. Obrigação do Estado". "Paciente carente de recursos indispensables para la adquisición de los me-

debido proceso.indd 127 14/09/2018 03:29:55 p.m.

bloqueo de fondos públicos),[7] pasando el judiciario a actuar también como administrador público. En otras palabras, el concepto de "jurisdicción" sufrió una ampliación para abarcar actividades esencialmente administrativas, expresando así la preponderancia del Poder Judicial sobre la Administración Pública y, también se puede decir, sobre el jurisdiccional.

Barroso expone claramente lo siguiente:[8]

> La judicatura significa que algunas cuestiones de gran repercusión política o social están siendo decididas por órganos del Poder Judicial, y no por las instancias políticas tradicionales: el Congreso Nacional y el Poder Ejecutivo –en cuyo ámbito se encuentran el Presidente de la República, sus ministerios y la administración pública en general. Como intuitivo, la judicialización implica una transferencia de poder a jueces y tribunales, con cambios significativos en el lenguaje, la argumentación y el modo de participación de la sociedad. El fenómeno tiene múltiples causas.

El riesgo de la intensificación de este fenómeno es justamente la transferencia de competencias, sin la respectiva previsión constitucional, de los Poderes Ejecutivo y Legislativo al Poder Judicial. No se puede olvidar que las políticas públicas, en un régimen democrático, son elaboradas por representantes con legitimidad democrática electiva, que no tienen los jueces ni se sustituye con el régimen de publicidad del proceso y el activismo con el que se ejerza la función jurisdiccional.

En este contexto, siguiendo el primado de los preceptos constitucionales, el proyecto del nuevo Código de Proceso Civil consagra el

---

dicamentos que necesita. Obligación del Estado de suministrarlos. Los precedentes. Agravio regimental al que se desprende" (AI-AgR 648971, EROS GRAU, STF).

7. Véase el siguiente fallo: "Enmienda: Agravio Regimental en Agravio de Instrumento. Constitucional. Derecho a la salud. Las drogas. Suministro a pacientes carentes. Obligación del Estado. I - La sentencia recurrida resolvió la cuestión de los autos sobre la base de la legislación procesal que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de las decisiones judiciales. Inadmisibilidad del RE, porque la ofensa a la Constitución, si existe, sería indirecta. II - La disciplina del art. 100 de la CF se ocupa del régimen especial de los *precautorios*, aplicándose solamente en las hipótesis de ejecución de sentencia condenatoria, lo que no es el caso de los autos. Inaplicable el dispositivo constitucional, no se verifica la señalada violación a la Constitución Federal. III - Posibilidad de bloqueo de valores a fin de asegurar el suministro gratuito de medicamentos en favor de personas *hiposuficientes*. Los precedentes. IV - Agravio regimental improcedente" (AI-AgR 553712, Ricardo Lewandowski, STF).

8. Barroso, Luís Roberto, "Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática", 2008. Disponible en: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf [Consulta: 26/02/2018]

debido proceso.indd 128 14/09/2018 03:29:55 p.m.

principio de la promoción de la dignidad de la persona humana, así como los de la eficiencia, la legalidad, la publicidad, la proporcionalidad y la razonabilidad, que tradicionalmente se centran más en la Administración Pública (Poder Ejecutivo) que en la actividad judicial:[9]

> Art. 6. Al aplicar la ley, el juez atenderá a los fines sociales a que se dirige y a las exigencias del bien común, observando siempre los principios de la dignidad de la persona humana, de la razonabilidad, de la legalidad, de la impersonalidad, de la moralidad, de la publicidad y de la eficiencia.

Por su parte, Dinamarco[10] defiende que el proceso debe ser un instrumento para la realización del derecho, actuando el magistrado de forma más activa para la consecución de la justicia:

> El juez tiene que hacer justicia; él utilizará las técnicas del proceso y también las normas de derecho material para hacer justicia. En otras palabras, en la medida de lo posible, él tiene que buscar una manera de amenizar el rigor de la ley material, deberá interpretarla adecuadamente. Esto no significa que el juez puede convertirse en legislador y cambiar todo; pero quiere decir que, siempre que sea posible, debe dar una interpretación más conducente a una solución justa, según el pensamiento común de la sociedad, y no de él mismo.

Con esta perspectiva, el magistrado posee la iniciativa de adoptar las providencias que considere pertinentes y decidir de modo a realizar el justo. Por ejemplo, el Código de Proceso Civil prevé que el magistrado podrá determinar la inversión de la carga de la prueba, actualmente contemplada sólo en el Código de Defensa del Consumidor, que ahora también pasa a ser posible en el marco del proceso civil, conforme el artículo 373 del Código:[11]

> Art. 373. La carga de la prueba incumbe:
> I. al autor, en cuanto al hecho constitutivo de su derecho;

9. Ley Nº 13105, de 16/03/15, Brasilia, Brasil. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm [Consulta: 26/02/2018]

10. Monteiro Gabbay, Daniela y otros, "Cândido Rangel Dinamarco e a instrumentalidade do processo (uma entrevista)", en *Cadernos de Direito GV*, v. 7, N. 4, 07/ 2010, p. 19. Disponible en: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7850/Caderno%20Direito%20GV%20-%2036%20-%20site.pdf?sequence=5&isAllowed=y [Consulta: 26/02/2018]

11. Ley Nº 13105, de 16/03/15, Brasilia, Brasil. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm [Consulta: 26/02/2018]

debido proceso.indd 129 14/09/2018 03:29:55 p.m.

II. al reo, en cuanto a la existencia de hecho impeditivo, modificativo o extintivo del derecho del autor.

§ 1º En los casos previstos en la ley o ante las peculiaridades de la causa relacionadas con la imposibilidad o la excesiva dificultad de cumplir el cargo en los términos del *caput* o la mayor facilidad de obtención de la prueba del hecho contrario, podrá el juez atribuir la carga de la prueba de modo de manera que lo haga por decisión motivada, en cuyo caso deberá dar a la parte la oportunidad de deshacerse de la carga que le fue atribuida.

§ 2º La decisión prevista en el § 1º de este artículo no puede generar situación en que el desajuste del cargo por la parte sea imposible o excesivamente difícil.

§ 3º La distribución diversa de la carga de la prueba también puede ocurrir por convención de las partes, salvo cuando:

I - recae sobre derecho no disponible de la parte;

II - hace excesivamente difícil a una parte el ejercicio del derecho.

§ 4º El convenio de que trata el § 3º puede ser celebrado antes o durante el proceso.

Otro ejemplo de innovación del Código de Proceso Civil que se vuelve en la dirección de una mayor efectividad del proceso es la posibilidad que se le otorga al juez para ocuparse de verificar la personalidad jurídica –actualmente prevista en el Código de Defensa del Consumidor–, pudiendo hacerlo a petición de la parte o del Ministerio Público: "Art. 133. El incidente de desconsideración de la personalidad jurídica será instaurado a petición de la parte o del Ministerio Público, cuando le corresponda intervenir en el proceso".

Así, el fenómeno de la publicidad del proceso y de la actuación más activa del magistrado, según Junoy,[12] presenta algunas consecuencias interesantes:

> Consecuencia más relevante se concreta en el hecho de que, sin discutir la vigencia del principio dispositivo (*dispositionsprinzip*), va a ponerse en tela de juicio el de aportación de parte (*verhandlungsmaxime*), al menos por lo que respecta al reparto de funciones entre el juez y los litigantes y al incremento

12. Picó I Junoy, Joan, "El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado", artículo presentado en el Congreso Internacional de Derecho Procesal realizado en Lima del 29 al 31 de octubre de 2003, y publicado en *Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional*, Lima, Universidad de Lima, 2003, pp. 55-66.

debido proceso.indd 130 14/09/2018 03:29:55 p.m.

de facultades del órgano jurisdiccional, quien frente al modelo clásico del juez pasivo o inerte, pasa a ocupar una posición activa en el proceso.

En este contexto, es necesario transcribir las lecciones del profesor Gozaíni[13] sobre los nuevos postulados procesales:

> La función jurisdiccional es el rol del Estado en el proceso judicial. Los jueces representan esa autoridad investida de un poder que, al mismo tiempo, supone un deber de eficacia y justicia hacia las personas. Por ello, en la tarea de decidir no se puede echar mano a cuestiones técnicas, o sutilezas, que posterguen el derecho a una tutela judicial efectiva.
> En la entrada de estas consideraciones ha de estar presente que no se puede privar a persona alguna de su derecho de tener un proceso y un juez que lo escuche. Por tanto, el problema de la legitimación para actuar tampoco puede seguir leyéndose en la captura tradicional del concepto de 'legitimación *ad causam*' y 'legitimación *ad processum*'.

Es fundamental asegurar la relación efectiva entre el Proceso y la Constitución y, de este modo, lograr que se vaya hacia una unificación o armonización de los principios. Incluso, no se podrá desatender la influencia del derecho procesal transnacional y la vigencia absoluta en todo tiempo y lugar, de los derechos humanos…

FUNCIÓN SOCIAL DE LOS JUECES

La evolución del pensamiento procesal en el sentido de la creciente publicidad del ordenamiento jurídico tiene como consecuencia la preponderancia de la jurisdicción –actividad esencialmente pública encartada por el Poder Judicial– sobre la acción.

Pero no sólo el magistrado, sino que también las partes deben participar activamente en el desarrollo del proceso. La participación activa de ellas pasa a ser preponderante en el Código de Proceso Civil, conforme dispone su artículo 4, habiendo nítida preocupación con la efectividad del contradictorio. En este contexto, las partes pasan a ser sujetos de deberes y derechos:[14] "Art. 4. Las partes tienen el derecho de

13. Gozaíni, Osvaldo A., *La Función Social del Juez*, San José, IJSA, 1ª ed., 2012, p. 93.

14. Ley Nº 13105, de 16/03/2015, Brasilia, Brasil. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm [Consulta: 26/02/2018]

debido proceso.indd 131 14/09/2018 03:29:55 p.m.

obtener en un plazo razonable la solución integral del fondo, incluida la actividad satisfactoria".

Esto significa que el magistrado debe actuar activamente, adoptando las medidas que sean necesarias para el progreso del proceso y para la efectiva aplicación del derecho, ya sea interpretando la norma en el caso concreto, o integrando la inercia del Poder Legislativo que omite esa función esencial, o buscando formas alternativas de solución de litigios, de las cuales es un ejemplo la conciliación, con la participación activa de las partes.

En este sentido, el Código de Proceso Civil dedica varios de sus dispositivos a la conciliación, previendo, incluso, de modo expreso, la posibilidad de que los tribunales creen sectores orientados a la solución consensuada de conflictos, y estimulen a las partes a conciliar:[15]

> Art. 165. Los tribunales crearán centros judiciales de solución consensuada de conflictos, responsables de la celebración de sesiones y audiencias de conciliación y mediación y por el desarrollo de programas destinados a auxiliar, orientar y estimular la autocomposición.
> § 1º La composición y la organización de los centros serán definidas por el respectivo tribunal, observadas las normas del Consejo Nacional de Justicia.
> § 2º El conciliador, que actuará preferentemente en los casos en que no haya vínculo anterior entre las partes, podrá sugerir soluciones para el litigio, siendo vedada la utilización de cualquier tipo de constreñimiento o intimidación para que las partes concilien.
> § 3º El mediador, que actuará preferentemente en los casos en que haya vínculo anterior entre las partes, ayudará a los interesados a comprender las cuestiones y los intereses en conflicto, de modo que puedan, por el restablecimiento de la comunicación, identificar por sí mismos soluciones consensuados que generen beneficios mutuos.
>
> Art. 166. La conciliación y la mediación son informadas por los principios de la independencia, la imparcialidad, la autonomía de la voluntad, la confidencialidad, la oralidad, la informalidad y la decisión informada.
> § 1º La confidencialidad se extiende a toda la información producida en el curso del procedimiento, cuyo contenido no podrá ser utilizado para fines distintos de aquel previsto por expresa deliberación de las partes.
> § 2º En razón del deber de secreto, inherente a sus funciones, el conciliador y el mediador, así como los miembros de sus equipos, no podrán

15. Ídem.

debido proceso.indd 132 14/09/2018 03:29:55 p.m.

divulgar o deponer acerca de hechos o elementos oriundos de la conciliación o de la mediación.
§ 3º Se admite la aplicación de técnicas negociadoras, con el objetivo de proporcionar un ambiente favorable a la autocomposición.
§ 4º La mediación y la conciliación se regir conforme a la libre autonomía de los interesados, incluso en lo que se refiere a la definición de las reglas procedimentales.

En síntesis, estas reflexiones acerca de los principios procesales civiles y de los principios constitucionales dentro de un contexto de cambio de paradigmas del Estado democrático de derecho y de las disposiciones del Código de Proceso Civil, nos persuaden sobre lo inagotable del tema, que dejamos abierto para nuevas perspectivas.

debido proceso.indd 133 14/09/2018 03:29:55 p.m.

DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO A LA PRUEBA

Por Oswaldo Ordóñez Alcántara

INTRODUCCIÓN

El debido proceso es considerado un derecho, un principio y una garantía constitucional, y por ello en el mundo jurídico es una institución muy importante, pero a la vez muy vasta y compleja. Con este preliminar hemos enfocado el tema desde la perspectiva de la dignidad humana, considerando al debido proceso como un elemento pacificador de la sociedad, ya que no tenemos la menor duda de que por las controversias y la arbitrariedad como se han resuelto ellas, ha dado nacimiento a un derecho exigible para que el proceso sea debido o justo.

De otro lado, si bien son muchos los elementos que conforman la dignidad humana, consideramos que uno de los más importantes es el derecho a la solución justa de las controversias. "Justa" como producto de un proceso adecuado a reglas inalterables donde la igualdad no afecte la dignidad de la persona.

Además, será preciso verificar en los contenidos del derecho fundamental al debido proceso las facetas formal y sustantiva; esta última también denominada debido proceso sustantivo, que se basa en que el sustento de las decisiones tenga como base la razonabilidad y proporcionalidad.

Asimismo, enfatizamos el rol del debido proceso como presupuesto de validez de las decisiones jurisdiccionales, ya que la materialización del debido proceso tiene un efecto legitimador de las decisiones jurisdiccionales, en tanto que su observancia presupone la emisión de una decisión justa, válida y vinculante; mientras que su inobservancia determina que las decisiones no puedan adquirir la calidad de cosa juzgada. En palabras del Tribunal Constitucional peruano, no hay cosa juzgada material, ni cosa juzgada formal, sólo

debido proceso.indd 135 14/09/2018 03:29:55 p.m.

hay cosa juzgada constitucional, lo que presupone la materialización del debido proceso constitucional.

En el presente estudio trazamos una vinculación entre el derecho al debido proceso y el derecho a la prueba, precisando que el primero contiene a otros derechos fundamentales, como el derecho a la defensa y el derecho a la prueba, llegando a la consecuencia de que entre el derecho al debido proceso y el derecho a la prueba existe una relación de continente y contenido.

Ello no implica una relación de jerarquía o de importancia en tanto que ambos tienen la calidad de derechos fundamentales, sino que su relación es de necesidad, conforme lo señala Devis Echandía.

En cuanto al derecho a la prueba hemos resaltado su contenido esencial, que no es otro que el derecho a ofrecer, a que se admitan, se actúen y se valoren los medios probatorios, todo ello en función de principios propios, como los de licitud, pertinencia y oportunidad.

DEBIDO PROCESO Y PRUEBA

El reconocimiento de cualquier derecho tiene como condición su utilidad a la persona humana, y el derecho al debido proceso no escapa a dicha concepción utilitarista. Por ello, estimo necesario establecer las razones o motivos que justifican su reconocimiento como derecho fundamental.

La persona humana es un absoluto en la medida en que es un fin en sí misma y no con relación a nada externo a ella; reconocer la validez de dicha premisa implica concluir que toda actividad humana tiene como único fin el bienestar de la persona.[1] En esto consiste la dignidad del ser humano, su reconocimiento como elemento legitimador y orientador de su quehacer.

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano señala:

> La dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con

1. Castillo Córdova, Luis, "El significado iusfundamental del debido proceso", publicado en *El Debido Proceso: Estudios sobre derechos y garantías procesales*, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2010, p. 10.

debido proceso.indd 136 14/09/2018 03:29:55 p.m.

> la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento. Desde el artículo 1 [de la Constitución Peruana] queda manifiesta tal orientación al reconocerse que "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado…".[2]

Considerando lo expuesto, resulta sencillo explicar por qué las Constituciones Políticas de varios Estados declaran el respeto a la dignidad humana y su calidad de fin último.[3] No obstante, su positivización no basta para su realización, en tanto que es indispensable la adopción de mecanismos reales y concretos que permitan la concreción de la dignidad humana en sus dos acepciones: a) como principio; y b) como derecho fundamental.

La dignidad humana como *principio* se debe instituir en orientador de legisladores y operadores jurídicos, guiando que su labor creadora e interpretativa del derecho tenga por objeto introducir condiciones que permitan el ejercicio de los derechos de la persona; y, como *derecho fundamental*, nos obliga a construir condiciones reales, no sólo enunciativas, que posibiliten exigir al órgano competente su protección. Estas son las tareas mínimas que nos exige la dignidad humana.

Son muchos más los elementos que lo conforman y entre ellos se suma el derecho a la solución justa de las controversias. Esta debe legitimarse a partir del cumplimiento de requisitos preestablecidos, y ha de ser el producto de la razonabilidad e imparcialidad, es decir, la causa de un proceso justo y digno para la persona.

La necesidad de un proceso justo, digno de la persona que requiere justicia, hace indispensable su reconocimiento como derecho fundamental, estableciéndose mecanismos que permiten su exigencia, respeto y cumplimiento, en tanto sea presupuesto de validez de las decisiones que resuelven controversias jurídicas.

---

2. Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, Lima, Expte. N° 02273-2005-HC/TC, 20/04/2006, fundamento jurídico 5. Disponible en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html

3. Art. 1 de la Constitución colombiana, art. 1 de la Constitución peruana, art. 1 de la Constitución chilena, art. 10 de la Constitución española. Fuente: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ).

debido proceso.indd 137 14/09/2018 03:29:55 p.m.

EL DEBIDO PROCESO COMO ELEMENTO PACIFICADOR DE LA SOCIEDAD

No es desconocido que la opresión y arbitrariedad de los detentadores del poder generó el reconocimiento y positivización de los derechos humanos, entre ellos el derecho al debido proceso. Claro ejemplo de ello, si no el primero, está constituido por la Carta Magna inglesa del año 1215, en cuya sección 39 se establece el antecedente primitivo de lo que actualmente se conoce como debido proceso.

Dice Eduardo Oteiza:

> Cansados de la tiranía del rey Juan, los barones, los obispos y los ciudadanos se levantaron en armas y lograron que se les otorgara una Carta de libertades conocida como la Carta Magna del año 1215. La sección 39 de dicha Carta estableció que: ningún hombre libre será aprehendido ni encarcelado ni despojado de sus bienes ni desterrado o de cualquier forma desposeído de su buen nombre, ni nosotros iremos sobre él ni mandaremos ir sobre él, si no media juicio en legal forma efectuado por sus pares o conforme a la ley del país.[4]

Como se observa, el conflicto y la arbitrariedad dan nacimiento al derecho al debido proceso constituyendo un mecanismo de protección y de interdicción al ejercicio abusivo del poder.

Sin embargo, actualmente dentro de los Estados de régimen democrático el derecho al debido proceso no puede entenderse sólo como instrumento que limita o restringe su actuación, sino además, como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH),[5] implica una obligación positiva del Estado, en virtud de la cual se le exige la adopción de medidas que permitan la materialización de su contenido.

4. Oteiza, Eduardo David, "El Debido Proceso: Evolución de la Garantía y Autismo Procesal", publicado en *Debido Proceso*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 6.

5. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", Sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 166: "Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar públicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos [...] La obligación de garantizar [...] no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos".

debido proceso.indd 138 14/09/2018 03:29:55 p.m.

Respecto a este punto, la Corte IDH señala categóricamente que sobre el debido proceso se ha establecido una relación por la que este derecho dota de contenido a la obligación general de investigar las violaciones de derechos humanos,[6] constituyendo dicha actividad un deber jurídico de los Estados y no sólo una carga procesal de los particulares. Lo expuesto nos lleva a concluir que el debido proceso es un derecho fundamental de carácter instrumental que permite la consecución de otros derechos, entre ellos el derecho a la verdad.

Estas razones hacen del debido proceso un elemento pacificador de la sociedad, su carácter instrumental que posibilita la obtención de la verdad material, y por ende la solución justa de las controversias, legitima las decisiones jurisdiccionales generando paz social y acatamiento a lo decidido por la jurisdicción; condiciones mínimas requeridas para la existencia de un Estado democrático.

Así también lo considera Arturo Hoyos, quien citando a Rawls señala que

> El principio de que en un sistema político debe haber un proceso justo, es para John Rawls un requisito fundamental para que pueda existir un imperio del derecho (*rule of law*), y entiende que debido proceso es aquel "razonablemente estructurado para averiguar la verdad, de formas consistentes con las otras finalidades del ordenamiento jurídico, en cuanto a determinar si se ha dado alguna violación legal y en qué circunstancias".[7]

CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO

Si el debido proceso es un cauce para la búsqueda de la verdad material, es necesario observar que su instrumentalidad encuentra dos facetas: una formal y otra sustantiva. La primera está constituida por *formalidades* que garantizan igualdad de oportunidades a las personas que acuden al órgano jurisdiccional, tales como el juez predeterminado

6. Salmon, Elizabeth y Blanco, Cristina, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú, 2012, p. 28.

7. Hoyos, Arturo, "El debido proceso en la sociedad contemporánea", publicado en *Liber Amicorum, Héctor Fix Zamudio*, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, p. 909.

debido proceso.indd 139 14/09/2018 03:29:55 p.m.

por ley,[8] la existencia de un procedimiento preestablecido, la posibilidad real de la defensa, etcétera; elementos contenidos en el artículo 8.1[9] de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La faceta sustantiva se refiere a la necesidad de que las resoluciones emitidas por la judicatura tengan como sustento la valoración idónea de los hechos probados, constituyendo decisiones razonables y proporcionales.

Sobre la razonabilidad, conforme lo indica el Tribunal Constitucional peruano, implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos.[10] Es decir, las decisiones jurisdiccionales que resuelven controversias, como actos del poder público, deben contener premisas con suficiencia para justificar la decisión adoptada, evitándose el discrecionalismo carente de sustento que genera la arbitrariedad.

La proporcionalidad es otro elemento regulador de la discrecionalidad, en tanto que la decisión jurisdiccional emitida sólo debe ser suficiente (proporcional) para solucionar la controversia. Así las cosas, se puede afirmar que tanto la razonabilidad como la proporcionalidad constituyen elementos que impiden la arbitrariedad, entendida en el presente caso como decisiones carentes de fundamentación objetiva e insuficientes para la debida solución de las controversias.

Estas son las exigencias mínimas para la existencia del derecho fundamental al debido proceso, que por lo demás constituyen una garantía para la persona y un deber para los poderes públicos.

Como *garantía* impide la vulneración de otros derechos –tales como el derecho a la verdad–, promueve en la medida de lo posible la solución justa de controversias y legitima las decisiones de los organismos jurisdiccionales; en tanto que como deber *obliga* al Estado a establecer

8. Implica la prohibición de crear tribunales especiales para casos específicos, evitándose la parcialidad de los juzgadores.

9. Art. 8.1: 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 de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

10. Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Lima, Expte. N° 0006-2003-AI/TC, fundamento jurídico número 9, 01/12/2003. Disponible en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00006-2003-AI.html

debido proceso.indd 140 14/09/2018 03:29:55 p.m.

condiciones para el despliegue real del derecho al debido proceso, independientemente de si es exigido o no por la persona.

EL DEBIDO PROCESO COMO PRESUPUESTO DE VALIDEZ DE LAS DECISIONES JURISDICCIONALES

Como se ha señalado, el debido proceso tiene por finalidad la obtención de la verdad material para la solución justa de controversias con relevancia jurídica, que sólo se logra a través del respeto, cumplimiento y promoción de otros derechos contenidos, tales como el derecho al juez natural, al derecho de defensa, y a la motivación debida de las decisiones, entre otros.

La materialización del debido proceso tiene un efecto legitimador de las decisiones jurisdiccionales, en tanto que su observancia presupone la emisión de una decisión justa, válida y vinculante. No existe posibilidad de desacatar el cumplimiento de una decisión producto de un debido proceso; la validez de esta faculta al Estado a imponer su ejecución logrando la materialización de otro derecho fundamental, la tutela jurisdiccional, que consiste en el derecho a obtener la satisfacción de lo reclamado a través de la eficacia de lo resuelto por la jurisdicción.

Es evidente que las decisiones emitidas sin observar el derecho al debido proceso no pueden adquirir la calidad de cosa juzgada, en tanto que constituyen expresiones arbitrarias del poder. Por tal motivo, no pueden considerarse inmutables e inalienables y de obligatorio cumplimiento. Su falta de legitimidad impide la exigibilidad.

Una decisión judicial sólo es válida en tanto concuerde con el conjunto de principios, valores y derechos contenidos en la Constitución Política que rige un ordenamiento jurídico; su sometimiento a estos le otorga la calidad de cosa juzgada constitucional, única que puede considerarse exigible como expresión del ejercicio equilibrado del poder y no de la arbitrariedad.

Entendida así la cosa juzgada constituye una institución jurídica que consolida el derecho a la dignidad, pues expresa principios, valores y derechos fundamentales, la cual como toda manifestación del hombre democrático tiene como fin último lograr el bienestar humano.

debido proceso.indd 141 14/09/2018 03:29:55 p.m.

Aventuramos sostener que ningún ser humano tiene el deber de acatar decisiones jurisdiccionales producto de procesos injustos. Si fuera el caso, puede utilizar los mecanismos propios del Estado de derecho para promover su invalidez, pues la dignidad del hombre exige decisiones válidas de los detentadores del poder. Lo dicho se encuentra plenamente ilustrado en la siguiente cita bíblica:

> Entonces Festo, que quería ganarse la amistad de los judíos, preguntó a Pablo: Si soy yo el que te va a juzgar, ¿quieres subir a Jerusalén? Pablo contestó: Estoy ante el tribunal del César; ahí debo ser juzgado. No he hecho ningún mal a los judíos, como tú muy bien sabes. Si he cometido algún delito que merezca la muerte, acepto morir. Pero si no he hecho nada de lo que me acusan, nadie tiene derecho a entregarme a ellos. Apelo al César.[11]

VINCULACIÓN ENTRE EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO A LA PRUEBA

El derecho al debido proceso es de estructura compleja, en el sentido en que está constituido por otros derechos cuya observancia es imperativa como presupuesto de validez de las decisiones emitidas por los organismos que ejercen el poder. Como es un todo integrado por derechos que ya mencionamos, la etapa probatoria no se puede soslayar entre los objetivos del proceso justo.

Este proviene de reconocer el derecho como producto de la evolución de las sociedades que actualmente se configuran como presupuestos del Estado democrático, cuyo fin último es el respeto a la dignidad de la persona. Su importancia trasciende el ordenamiento jurídico interno de los Estados y por ello son dignos de reconocimiento supranacional.[12]

11. "Libro de Hechos de los Apóstoles", *La Biblia*, Madrid, Editorial Verbo Divino, 116ª edición, Libro 4, cap. 25, vers. 9 al 11.

12. Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Artículo 8. Garantías Judiciales. 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 de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor

debido proceso.indd 142 14/09/2018 03:29:55 p.m.

Sin embargo, el derecho a presentar prueba no se aísla sino que se contiene dentro del debido proceso. Para organizar su contenido es necesario establecer las condiciones mínimas que deben cumplirse para garantizar el ejercicio idóneo del derecho a la prueba.

Su importancia se debe a que la prueba en los procesos jurisdiccionales constituye el medio más importante para generar la certeza del juez, permitiéndole a este aplicar el derecho que corresponde al caso concreto.

El derecho a la prueba se relaciona directamente con el ejercicio idóneo del derecho a la defensa. Es imposible concebir el respeto del último derecho mencionado si se impide a la persona realizar actividad con el objeto de probar las afirmaciones que expone para sustentar su pretensión.

Así también lo sostiene el Tribunal Constitucional español en la sentencia 246/2000:

> Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho a utilizar medios de prueba pertinentes constituye un derecho fundamental, inseparable del derecho de defensa, que el artículo 24.2, CE. reconoce y garantiza a todos los que son parte en un proceso judicial, y cuyo contenido esencial se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto que es objeto del proceso...[13]

---

o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia".

13. González Pérez, Jesús, *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Cívitas Ediciones, 2001, p. 242.

debido proceso.indd 143 14/09/2018 03:29:55 p.m.

CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA PRUEBA

A fin de hacer realidad el derecho de las personas de acreditar los hechos que alegan se deben garantizar, al menos, las siguientes actuaciones que constituyen su contenido esencial.

Derecho a presentar medios de prueba

Este derecho no es de difícil explicación; consiste simplemente en la facultad que tienen las personas de presentar todos los medios probatorios que consideren necesarios para acreditar la corrección de sus argumentos.

La facultad mencionada, como todas, no es irrestricta o ilimitada, en tanto que su ejercicio tiene que cumplir los requisitos de licitud, pertinencia y oportunidad de presentación de los medios probatorios, conceptos que se desarrollarán posteriormente.

Lo expuesto nos lleva a la conclusión de que el derecho a presentar medios probatorios trae consigo también un deber que consiste en que quien afirma o esgrime un argumento está en la obligación de probarlo. De no ser logrado, carece de entidad probatoria y no puede considerarse al momento de resolver la controversia.

Si bien esta es una regla de la actividad probatoria, no es menos cierto que existen excepciones. Por ejemplo, por un lado, la actividad probatoria de oficio desplegada por el juez y, por el otro, la inversión de la carga de la prueba a favor de quien está en mejor posibilidad de probar un hecho, que a veces no coincide con quien alegó dicho hecho.[14]

14. Sobre la inversión de la carga de la prueba denominada por el Tribunal Constitucional peruano "prueba dinámica", se señala en la sentencia 1776-2004-AA/TC que: "Se ha señalado *prima facie* que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, según lo presenta el artículo 196 del Código Procesal Civil. Frente a ello, la carga probatoria dinámica significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando esta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso o procedimiento, por lo que es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. [...] La doctrina de las cargas probatorias dinámicas interviene para responder a una concepción de un derecho dúctil y una concepción más dinámica del devenir del proceso, tal como amerita el supuesto planteado. Así, no correspondería al demandante la carga de la prueba del hecho (de índole negativo) sino que el demandado tendría la carga de probar el hecho positivo. Cabe recordar que la prueba dinámica no es ajena a nuestro

debido proceso.indd 144 14/09/2018 03:29:55 p.m.

Las excepciones tienen plena justificación en el derecho fundamental a la verdad; no resulta admisible que por respetar una regla procesal se niegue la posibilidad de otorgar una solución justa a la controversia aplicando correctamente el derecho que corresponde.

Derecho de admisión de los medios probatorios

Corresponde al juez determinar qué medios probatorios deben o no admitirse para solucionar la controversia. Dicho poder, como es evidente tampoco es ilimitado, en tanto que toda decisión que rechaza un medio probatorio debe ser razonable, señalando expresamente el motivo por el cual el medio probatorio ofrecido se considera ilícito o impertinente; caso contrario sólo nos encontraremos ante una actuación arbitraria que vulnera el derecho a la prueba.

Un debido proceso debe prever mecanismos que permitan recurrir, ante un juez o tribunal superior, la denegación arbitraria a la admisión de un medio probatorio. No establecer dichos mecanismos vulnera el derecho de defensa impidiendo demostrar la corrección de las afirmaciones alegadas.

La admisión de los medios probatorios ofrecidos presupone un juicio lógico del juez, encargado de verificar si estos cumplen con los requisitos de pertinencia, idoneidad, utilidad y licitud.

Al respecto, Reyna Alfaro[15] señala lo siguiente:

> *Pertinencia*: Debe ser entendida como la necesaria y suficiente relación que ha de existir entre el objeto del proceso y el medio probatorio ofrecido, es decir estos deben tener por finalidad demostrar la validez y corrección de las pretensiones postuladas.

---

ordenamiento. Por ejemplo, se han utilizado en los siguientes supuestos: violación de derechos humanos (párrafo 70 de la sentencia del caso "Paniagua Morales y otros"; párrafo 65 de la sentencia del caso "Durand y Ugarte" y párrafo 63 de la sentencia del caso "Castillo Petruzzi", todas ellas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), cumplimiento de condiciones de los trabajadores (artículo 27 de la Ley Procesal del Trabajo, Ley Nº 26636) e impugnación de pago de tasa en tributación municipal (sentencias recaídas en el Expediente N° 0041-2004-AI/TC y en el Expediente 0053-2004-AI/TC). Asimismo, en el ámbito de protección del usuario, y basándose en la asimetría de información, se ha permitido la variación de la carga de la prueba, buscándose proteger al consumidor de la imposibilidad de probar que fue engañado o que recibió información insuficiente (punto 2 la Resolución Nº 102-97-TDC-INDECOPI). [fundamento 50.c]".

15. Reyna Alfaro, Luis, "El derecho a probar", publicado en *El Debido Proceso: Estudios sobre derechos y garantías procesales*, Lima, TC Gaceta Constitucional, 2010, pp. 190-192.

debido proceso.indd 145 14/09/2018 03:29:55 p.m.

Idoneidad: Se considera que un medio probatorio no es idóneo cuando este se encuentra prohibido de actuarse en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho.

Utilidad: Debe servir para generar convicción al juzgador contribuyendo a evidenciar lo que pretende probar, esto implica que una vez acreditado fehacientemente un hecho con un medio probatorio, se excluye automáticamente la prueba adicional referida al mismo hecho.

Licitud: Los medios probatorios ofrecidos no pueden vulnerar los derechos fundamentales de las personas, por tal motivo el juez debe rechazar aquellos ilícitamente obtenidos. Este punto específico y la pertinencia de los medios probatorios serán desarrollados con posterioridad.

Finalmente, si bien la admisión de los medios probatorios se realiza en una etapa específica del proceso (saneamiento probatorio), ello no impide que el juez pueda advertir y declarar con posterioridad –por ejemplo, al emitir sentencia–, que estos incumplen algunos de los requisitos precitados y por ello no son considerados en la solución de la controversia. Ello no acarreará vulneración del derecho a probar de las partes intervinientes en el proceso en tanto se garantice su derecho a recurrir dicha decisión ante el superior jerárquico.

Derecho a la valoración idónea de los medios probatorios

Como se ha mencionado, los medios probatorios tienen por objeto acreditar la corrección de las pretensiones postuladas demostrando la veracidad de los argumentos que las sustentan. El monopolio de la valoración de la prueba corresponde al juez.

Si bien en un principio estuvo condicionada o restringida por reglas preestablecidas en disposiciones legales que establecían el valor de cada prueba –característica del denominado sistema de la prueba tasada–, actualmente constituye un común denominador que las legislaciones de los países se adhieran al sistema de libre apreciación de la prueba, el cual otorga libertad al juez para que, utilizando su apreciación razonada, establezca la prelación del valor de la prueba aportada y el grado de convicción que le otorga cada una de estas.

El sistema de libre apreciación de la prueba trae consigo el deber del juez de motivar debidamente sus decisiones, manifestando coherentemente la razón de por qué unos medios probatorios son más

debido proceso.indd 146 14/09/2018 03:29:56 p.m.

relevantes que otros para resolver la controversia. Es en este punto, por ejemplo, que uno de los elementos del derecho a la prueba se encuentra garantizado por el derecho a la debida motivación de las decisiones jurisdiccionales. Al respecto, podemos mencionar lo expuesto por Enrique Fornatti, citado por Devis Echandía:

> Sana crítica, libre convicción o convicción sincera, significan, es cierto, que el magistrado no está sometido a ataduras o preconceptos legales que le fijen *a priori* el valor de la prueba, pero la apreciación que haga sobre ese valor debe ser razonada o exteriorizada.[16]

JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO A LA PRUEBA

El derecho a probar se unifica con el derecho constitucional que garantiza el derecho de defensa, pero también propicia que la verdad no sea un resultado inesperado sino una realidad que eluda las ficciones y solemnidades procesales.

El ejercicio idóneo del derecho a la prueba impide que se cause indefensión procesal a la persona, puesto que garantiza su posibilidad de demostrar la veracidad de sus alegaciones y obliga al juez a pronunciarse sobre el valor de los medios probatorios que aporta, estableciendo así parámetros que impiden que su discrecionalidad desnaturalice en arbitrariedad.

También permite o posibilita que el juez pueda discernir la verdad, generándole certeza al momento de aplicar el derecho que corresponde al caso concreto. Como se mencionó anteriormente, la búsqueda y obtención de la verdad constituye una facultad y un deber del juez, quien no se encuentra limitado por las pruebas aportadas al proceso por las partes, sino que más bien tiene plenitud para desarrollar actividad probatoria y ordenar, de considerarlo necesario, la inversión de la carga de la prueba. La solución justa de las controversias y el carácter publicista del proceso justifican la actuación del juez.

16. Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Bogotá, Editorial Temis S. A., 2002, p. 80.

debido proceso.indd 147 14/09/2018 03:29:56 p.m.

El derecho a la defensa

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que para satisfacer este derecho el Estado está obligado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto de aquel.[17]

La observación no se limita a los procesos jurisdiccionales, toda vez que se extiende a todo tipo de procedimiento ante los organismos estatales. Algunas de sus facetas son:

1. Estar informado sobre el objeto del proceso en el cual se participa. Ello implica tener conocimiento de todos los argumentos y los medios probatorios que sustentan las pretensiones de la parte contraria; sólo así se puede estar en aptitud de rebatirlos correctamente. La ignorancia constituye un obstáculo para el ejercicio del derecho de defensa y el contradictorio de las partes del proceso.
   Sobre este punto, la Corte IDH ha sido enfática en señalar que constituye una vulneración al derecho de defensa omitir informar a las personas los motivos por los cuales se las hace parte de un proceso jurisdiccional. En el caso "Tibi vs. Ecuador" manifestó:

   > El artículo 8.2.b de la Convención Americana ordena a las autoridades judiciales competentes a notificar al inculpado la acusación formulada en su contra, sus razones y los delitos o faltas por las cuales se le pretende atribuir responsabilidad, en forma previa a la realización del proceso. Para que este derecho opere en plenitud y satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración. Sin esta garantía, se vería conculcado el derecho de aquel a preparar debidamente su defensa. En el caso *sub judice* quedó demostrado que no se notificó a la presunta víctima del auto cabeza del proceso ni los cargos que había en su contra.[18]

2. Concesión de plazo adecuado para responder los argumentos de la parte contraria.
   Sólo así esta tendrá oportunidad de rebatirlos idóneamente y acumular el acervo probatorio necesario para acreditar las

17. CIDH, caso "Barreto Leiva vs. Venezuela.", 17/11/2009. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf

18. CIDH, caso "Tibi vs. Ecuador." Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

debido proceso.indd 148 14/09/2018 03:29:56 p.m.

afirmaciones que se exponen. La negación de plazo apropiado para preparar la defensa genera indefensión.

El plazo para ejercer el derecho de defensa se inicia con la notificación de los cargos imputados; por ello debe existir un procedimiento que permita la realización del objeto del acto de notificación, este consiste en poner en conocimiento dichos cargos.

En el acto de notificación se deben detallar como mínimo la identificación de la persona a quien va dirigida, los cargos sobre los cuales se ejercerá la defensa, las normas jurídicas cuya vulneración se alega y el plazo para presentar las alegaciones. Además, es indispensable que se deje constancia de la recepción de lo notificado.

El incumplimiento de los requisitos citados hace del derecho de defensa una ilusión y una vulneración directa a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así también lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Castillo Petruzzi vs. Perú" al señalar:

> De conformidad con el artículo 8.2.b y 8.2.c, todo inculpado tiene derecho a que se le dé la posibilidad de conocer los hechos que se le imputan, así como a disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa. La actuación de los jueces del fuero privativo militar afectó de diversas maneras la presunción de inocencia, que es uno de los principios del debido proceso. El escaso tiempo dado a los defensores, así como la notificación de que la sentencia sería emitida al día siguiente a aquel en que el abogado pudo acceder al expediente, ponían en duda "la seriedad de la defensa" y la volvían ilusoria. Estos hechos son violatorios del artículo 8.2.c de la Convención.[19]

3. Asistencia de un defensor elegido libremente.

   Impedir la defensa técnica de una persona en cualquier etapa evidencia un proceso jurisdiccional parcializado y por ende arbitrario. No constituye una exigencia reclamable a las partes el conocimiento de las reglas del proceso, sería un despropósito asumir que estos tienen el deber de vigilar su legalidad,

19. CIDH, caso "Castillo Petruzzi y otros vs. Perú", 30/05/1999, párrafos 136.a y 136.b. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf

debido proceso.indd 149 14/09/2018 03:29:56 p.m.

verificar la pertinencia y licitud de la prueba aportada, analizar la proporcionalidad y razonabilidad de las decisiones del juez, entre otros. Por ello, es indispensable el asesoramiento de un especialista que resguarde y asegure el cumplimiento de los derechos y deberes de un procesado.

Sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló lo siguiente en el caso "Barreto Leiva vs. Venezuela":

> La acusación puede ser enfrentada y refutada por el inculpado a través de sus propios actos, entre ellos la declaración que rinda sobre los hechos que se le atribuyen, y por medio de la defensa técnica, ejercida por un profesional del Derecho, quien asesora al investigado sobre sus deberes y derechos y ejecuta, *inter alia*, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas.
>
> Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona [...], el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración. Impedir a este contar con la asistencia de su abogado defensor limita severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo. El derecho a la defensa técnica no puede ser satisfecho por quien a la postre realizará la acusación, esto es, el Ministerio Público. La acusación afirma la pretensión penal; la defensa la responde y rechaza. No es razonable depositar funciones naturalmente antagónicas en una sola persona.[20]

4. Motivación de las resoluciones.

   Ello significa que las decisiones emitidas por el juez deben estar plenamente justificadas, señalándose las razones y los medios probatorios que las sustentan y la fundamentación de por qué se excluyen los otros medios probatorios aportados.

   Sólo la decisión motivada garantiza el derecho de defensa, en tanto que permite analizar, cuestionar y refutar la decisión adoptada por la jurisdicción. Asimismo, posibilita el ejercicio del derecho a recurrir ante el juez o tribunal superior. Sobre este tema, es pertinente mencionar lo expuesto por el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia 00266-2012-HC/TC:

20. CIDH, caso "Barreto Leiva vs. Venezuela", 17/11/2009, párrafos 61, 62, 63. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf

debido proceso.indd 150 14/09/2018 03:29:56 p.m.

> Conviene mencionar que la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, y al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45 y 138 de la Constitución Política del Perú) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. Justamente, con relación al derecho a la debida motivación de las resoluciones, este Tribunal ha precisado que "la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica congruente entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa"...[21]

Además de lo expuesto existen principios adicionales que deben cumplirse para no vulnerar el derecho de defensa; entre estos, la prohibición de empeorar la situación del único recurrente (*reformatio in peius*); no ser obligado a declarar contra sí mismo, contar con un defensor gratuito; reunirse con el abogado defensor libremente y en privado, etcétera; los cuales han sido desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Asimismo, no cabe duda de que la vulneración del contenido esencial del derecho a la prueba produce indefensión procesal. Debe concluirse que el ejercicio idóneo del derecho a la prueba, unido al respeto de los principios mencionados, configuran un proceso justo que legitima la decisión jurisdiccional emitida para solucionar el conflicto de intereses; nadie puede oponerse a obedecer un pronunciamiento producto de un proceso en el cual se ha promovido, valorado y ponderado la actividad procesal de las partes (argumentos de defensa, medios probatorios ofrecidos, etc.).

Es difícil establecer los límites entre el derecho a la prueba y el derecho a la defensa, incluso hasta podría concluirse que el último derecho mencionado incluye de manera implícita al primero, puesto que la posibilidad

21. Sentencia del Tribunal Constitucional peruano, Expte. N° 00266-2012-HC/TC, fundamento 2, 21/03/12. Disponible en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00266-2012-HC.html

debido proceso.indd 151 14/09/2018 03:29:56 p.m.

de producir prueba y que esta sea admitida y valorada constituyen una expresión del respeto al derecho a la defensa de las personas.

Esa es la relación existente entre ambos derechos; hablar del respeto y promoción del derecho de defensa presupone también, como mínimo, el respeto al contenido esencial del derecho a la prueba, argumento adicional que justifica su existencia.

La verdad material

La actividad probatoria de las partes de un proceso tiene por objeto acreditar los hechos que alegan a fin de generar certeza en el juez, teniendo este la oportunidad de aplicar el derecho que corresponde al conflicto puesto en su conocimiento.

Del párrafo anterior se deduce que el objeto de la prueba no se agota en acreditar los hechos del que presenta el medio probatorio. Su objeto trasciende el interés de parte debido a que su valoración es exclusividad del juez, quien no busca dar razón a una u otra parte sobre la base de criterios subjetivos sino en mérito a la verdad material que llega a conocer.

Es decir, el respeto y promoción de las condiciones para el ejercicio idóneo del derecho a la prueba tiene como objeto final el conocimiento de la verdad sustentada en hechos probados, permitiendo la existencia de una decisión jurisdiccional objetiva y racional, conceptos contrarios a la subjetividad y arbitrariedad.

La búsqueda de la verdad material, tal como se ha mencionado anteriormente, justifica la facultad y el deber del juez de realizar todos los actos necesarios para encontrarla; por ejemplo, puede actuar de oficio medios probatorios o invertir la carga de la prueba. Desde un punto de vista público, toda la actividad que se desarrolla en el proceso, incluida la actividad probatoria, tiene por objeto generar paz social a través de la solución justa de las controversias. Dicha solución sólo se logra a través de la emisión de decisiones basadas en verdades.

LÍMITES DEL DERECHO A LA PRUEBA

El ejercicio idóneo del derecho a la prueba implica que la persona no encuentre restricciones que le impidan desarrollar su contenido esencial; sin embargo, ello no significa que su ejercicio sea irrestricto

debido proceso.indd 152 14/09/2018 03:29:56 p.m.

e ilimitado. El Estado democrático no concibe la existencia de libertades ilimitadas, puesto que si bien los derechos fundamentales constituyen garantías del respeto a la dignidad humana, su ejercicio arbitrario y desconsiderado deviene en libertinaje.

Sin embargo, las restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales no pueden generar el desmedro de la dignidad de la persona; caso contrario nos encontramos ante un acto arbitrario en el ejercicio del poder.

Como es evidente, es difícil determinar cuándo una restricción deviene en arbitraria; estimo que una primera señal de arbitrariedad es la desnaturalización del contenido esencial de un derecho fundamental. Por ejemplo, se vulnera el derecho a la defensa si a una persona se le impide contar con asistencia técnica legal en cualquier etapa del proceso o, en el caso del derecho a la prueba, si el juez desestima un medio probatorio sin expresar las motivaciones que justifican su decisión.

Una segunda señal de arbitrariedad está constituida por el medio que se utiliza para establecer la restricción. Por ejemplo, no estaría justificado que a través de un acto administrativo se regulen límites al derecho al libre tránsito o al derecho de acceso a la información pública.

Sobre este punto, se deduce del artículo 30[22] de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que existe una reserva legal para las restricciones de derechos fundamentales. Dicho principio también ha sido recogido por el artículo 2.24.a[23] de la Constitución del Perú de 1993, el artículo 18[24] de la Constitución de Ecuador vigente, el artículo 28[25] de la Constitución de Colombia vigente, entre otras.

22. Art. 30. "Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas".

23. Art. 2. "Toda persona tiene derecho: 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe".

24. Art. 18. "En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos…".

25. Art. 28. "Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud

debido proceso.indd 153 14/09/2018 03:29:56 p.m.

La reserva legal para establecer limitaciones a los derechos fundamentales no implica que esté permitido que mediante una ley se pueda desnaturalizar su contenido esencial. Su respeto constituye el límite a la actuación del legislador y la garantía de la integridad de la dignidad humana, ello en razón de que el contenido esencial constituye la materialización de los principios y valores que sustentan el Estado constitucional de derecho. Por ello, el Tribunal Constitucional peruano señala:

> Así las cosas, todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume. Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse *a priori*, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona.[26]

Considerando lo expuesto, y atendiendo a que el derecho a la prueba está implícito en el derecho fundamental al debido proceso, se puede concluir que cualquier restricción a su ejercicio sólo puede establecerse a través de disposiciones con rango de ley y que estas de ninguna manera deben afectar su contenido esencial. Por ejemplo, mediante leyes los legisladores pueden establecer reglas que obliguen a las partes de un proceso a presentar medios probatorios obtenidos lícitamente y que tengan relación con la materia discutida en el proceso; asimismo, pueden disponer la oportunidad en la cual estos deben presentarse, pero de ninguna manera pueden prohibir el derecho que las partes procesales tienen de producir prueba y que esta sea admitida y valorada idóneamente por el juez; hacerlo constituiría una violación de su derecho fundamental al debido proceso y por ende a la dignidad humana.

---

de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley".

26. Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, Lima, Expte. N° 1417-2005-AA/TC, fundamento jurídico 21, 08/07/2005. Disponible en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html

debido proceso.indd 154 14/09/2018 03:29:56 p.m.

Licitud

La exigencia de licitud en la producción de los medios probatorios constituye un imperativo que protege los derechos procesales de las partes. Si bien su vigilancia es mucho más estricta en los procesos penales[27] –debido a la importancia de los bienes jurídicos que se pretenden proteger (libertad)–, ello no significa que su observancia no se extienda a todo tipo de proceso.

No es fácil determinar qué configura la ilicitud de una prueba, si es su contravención a cualquier norma del ordenamiento jurídico o sólo a aquellas que regulan derechos fundamentales.

El artículo 2.10[28] de la Constitución del Perú vigente establece que carecen de valor legal la prueba obtenida vulnerando el derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados; asimismo el artículo 159 del Código Procesal Penal[29] de este país señala que el juez no podrá utilizar directa o indirectamente las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

Similar criterio ha sido expuesto por el Tribunal Constitucional de España en la sentencia 8/2000 de 17 de enero de 2000, citada por González Pérez,[30] que dice:

> De un lado, ha de tenerse presente que efectivamente la valoración de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales produce la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías. Este Tribunal

27. Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Escher y otros vs. Brasil", 06/07/2009, manifiesta que está prohibida la obtención de prueba vulnerándose los derechos fundamentales. En el párrafo 113 de la referida sentencia indica: "El artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que 'el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública'".

28. Art. 2. "Toda persona tiene derecho a: [...] 10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal".

29. Cuerpo normativo promulgado mediante Decreto legislativo N° 957.

30. González Pérez, Jesús, *op. cit.*, p. 255.

debido proceso.indd 155 14/09/2018 03:29:56 p.m.

> tiene afirmado que la valoración procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales implica la ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 de la Constitución) (SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, F5°. y 107/1985, de 7 de octubre, F2.) y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de proceso justo [...] debe considerarse prohibida por la Constitución...

Después de lo expuesto es posible afirmar que la prueba ilícita es aquella que desmedra, denigra u "ofende la dignidad humana", en tanto que su producción vulnera otros derechos fundamentales a los que Eugenia Ariano Deho, citando a Cappelletti, llama "medio de prueba envenenado" *por haber sido obtenido en desprecio de un derecho fundamental del hombre*.[31]

Lo expuesto no implica que existan derechos fundamentales más importantes que el derecho a la prueba, en tanto que todos estos como elementos conformantes de la dignidad humana no tienen relaciones de jerarquía entre ellos. La igualdad de los diversos derechos fundamentales permite determinar cuál es el ámbito de su ejercicio idóneo y, en caso de conflicto entre estos, establecer su ponderación.

La decisión de proteger un derecho fundamental restringiendo el ejercicio de otro tiene justificación en la protección de la integridad del contenido esencial del derecho fundamental que se vulnera; así por ejemplo no sería concebible permitir la obtención y proceder a valorar un medio probatorio obtenido a través de la violencia o intimidación, como es evidente no se está estableciendo una relación de jerarquía entre el derecho a la integridad física y moral de las personas y el derecho a la prueba, sino que más bien se está ponderando la necesidad de protección de un derecho fundamental sobre otro considerando circunstancias objetivas y concretas que atentan contra la dignidad humana.

En circunstancias como la descripta, el método de ponderación nos permite armonizar el ejercicio de los derechos fundamentales sin recurrir al método jerarquizador que establece prevalencias sobre la base de criterios abstractos. Sobre este punto señala Martínez Pujalte:

> Sin duda, el método de la ponderación resuelve buena parte de los problemas suscitados por las tesis jerarquizadoras. Se supera la dificultad de encontrar un criterio unitario de jerarquización, se evita el peligro de reducir

31. Ariano Deho, Eugenia, *Problemas del Proceso Civil*, Lima, Jurista Editores, 2003, p. 184.

debido proceso.indd 156 14/09/2018 03:29:56 p.m.

algunos derechos a un *status* devaluado, y se examina más atentamente las circunstancias relevantes que conforman el caso a juzgar.[32]

Pertinencia

Al igual que la licitud, la exigencia de presentar en los procesos jurisdiccionales medios probatorios pertinentes constituye un presupuesto del ejercicio idóneo del derecho a la prueba.

La pertinencia de un medio probatorio se determina en función de su vinculación con el objeto del proceso (solucionar la controversia); no es admisible la presentación de medios probatorios que no tengan por objeto acreditar hechos que ayuden a dilucidar la controversia jurídica. Sobre este tema, Eugenia Ariano manifiesta:

> Podemos decir que el derecho a la prueba implica el derecho a que se admita un determinado medio probatorio pertinente dirigido a demostrar (a producir la convicción del juez sobre la veracidad) de una afirmación de un determinado hecho pertinente... El derecho a la prueba no es un derecho a que se admitan todos los medios probatorios ofrecidos por las partes, sino sólo los que resulten pertinentes en relación al *thema probandum* previamente establecido.[33]

La exigencia de cumplir este requisito no puede considerarse una restricción arbitraria del derecho a la prueba, sino que más bien debe entenderse como una condición necesaria que permite ordenar el debate entre las partes procesales, el cual debe dirigirse directa o indirectamente a demostrar las afirmaciones que estas alegan.

Sobre lo indicado existe anuencia unánime en la legislación comparada. Por ejemplo, el Código de Procedimiento Civil de Colombia regula en su artículo 178[34] que se deben rechazar liminarmente las pruebas que no se refieran al asunto materia del proceso. Asimismo,

32. Martínez Pujalte, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Trujillo, Tabla III Editores S.A.C., 2005, p. 211.

33. Ariano Deho, Eugenia, *op. cit.*, p. 182.

34. Art. 178. "RECHAZO IN LIMINE. Las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará *in limine* las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y la manifiestamente superfluas". Fuente: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ).

debido proceso.indd 157 14/09/2018 03:29:56 p.m.

el artículo 364[35] del Código Procesal Civil y Comercial de Argentina establece que no se admitirán las pruebas superfluas o meramente dilatorias; y el Código Procesal Civil del Perú en su artículo 190[36] prescribe que se declararán improcedentes los medios probatorios que no se refieran a los hechos que sustentan las pretensiones. Finalmente, sobre este punto el Tribunal Constitucional español, en la sentencia 174/2008, de fecha 22 de diciembre de 2008, manifiesta:

> Es doctrina consolidada de este tribunal que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) es un derecho de configuración legal, correspondiendo al legislador establecer las normas reguladoras de su ejercicio en cada orden jurisdiccional. Por lo tanto, para entenderlo vulnerado será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en forma y momento legalmente establecido, *sin que este derecho faculte para exigir la admisión de todas las pruebas propuestas, sino sólo aquellas que sean pertinentes para la resolución del recurso…* [37]

Siendo claro que los medios probatorios aportados al proceso deben ser pertinentes (también deben ser lícitos), es oportuno señalar que dicha exigencia alcanza a todas las partes del proceso en tanto que el derecho a la prueba es común a todos estos, sea que actúen en calidad de demandantes, demandados o inculpados.

También constituye una exigencia al juez que de oficio actúe medios probatorios. Su calidad de director del proceso no lo faculta a producir prueba impertinente o a obtenerla vulnerando los derechos fundamentales de las personas (ilícita), en tanto que la búsqueda de la verdad material no puede justificar un actuar inconstitucional que denigre la dignidad humana.

35. Art. 364. "No podrán producirse pruebas sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos. No serán admitidas las que fueren manifiestamente improcedentes o superfluas o meramente dilatorias". Fuente: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ).

36. Art. 190. "Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando esta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedente por el juez…". Fuente Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ)

37. Sentencia del Tribunal Constitucional español, Expte. N° 174/2008, 22/12/2008. Disponible en: http://www.tribunalconstitucional.es/fr/jurisprudencia/Pages/Sentencia.aspx?cod=15853. El destacado me pertenece.

debido proceso.indd 158 14/09/2018 03:29:56 p.m.

Oportunidad

Es el tercer requisito que deben cumplir las partes de un proceso al ejercer su derecho a la prueba. Este debe entenderse como el plazo establecido para presentar los medios probatorios con los que se pretenden acreditar los hechos expuestos.

La oportunidad de presentación de los medios probatorios está supeditada a las reglas que se hayan establecido en el proceso para tal fin. Para que el proceso tenga un orden y se garantice su desarrollo oportuno requiere estar dividido en etapas en las cuales las partes puedan realizar determinadas actuaciones. En esa línea, por ejemplo, se establece una fase postulatoria en la que se presentan las pretensiones sobre las cuales se requiere tutela. Generalmente, en esta etapa también se ofrecen los medios probatorios que acreditan la corrección de dichas pretensiones.

Si bien no es objeto de este punto desarrollar qué actuaciones se pueden realizar en cada etapa del proceso, sí es necesario señalar que cada etapa tiene carácter preclusivo, el cual consiste concretamente en la imposibilidad de realizar un acto procesal permitido en una etapa cuando esta ya ha sido superada.

Lo expuesto no significa que la preclusión sea absoluta e inflexible, ya que siempre existirá, por ejemplo, la posibilidad de denunciar la incompetencia material de un juez, o advertir a la jurisdicción que el conflicto de intereses fue resuelto con anterioridad en otro proceso. No obstante la etapa para postular excepciones (defensas de forma, de incompetencia del juez y cosa juzgada) haya sido superada.

La flexibilidad de la preclusión responde a intereses superiores a la formalidad que esta representa. En ese sentido, al analizarse, por ejemplo, la incompetencia material de un juez o la existencia de cosa juzgada en una etapa posterior a la que corresponde, se busca verificar la posible vulneración del derecho fundamental al juez natural o predeterminado por ley y el derecho fundamental a la cosa juzgada (inmutabilidad de lo decidido por la jurisdicción).

La pregunta que surge es: ¿se puede ejercer el derecho a la prueba, específicamente la posibilidad de ofrecer medios probatorios, cuando la etapa correspondiente ha sido superada? Consideramos que la respuesta es afirmativa, siempre y cuando existan razones que hayan impedido hacerlo oportunamente. Por ejemplo, en aquellos casos en los que un demandado no puede presentar como medio probatorio una

debido proceso.indd 159 14/09/2018 03:29:56 p.m.

resolución judicial emitida en otro proceso debido a la demora de la administración de justicia en remitírsela.

En ese orden de ideas podemos concluir que la preclusión, que restringe la oportunidad de ofrecer prueba en cualquier etapa del proceso, no debe caracterizarse por su rigidez sino más bien debe ser flexible y estar al servicio del ejercicio idóneo del derecho fundamental a la prueba. Ello debido a que la existencia de formalidades sólo tiene por finalidad garantizar la existencia de un proceso justo y no impedir la materialización del contenido esencial de cualquier derecho fundamental.

debido proceso.indd 160 14/09/2018 03:29:56 p.m.

LA REVISIÓN DE LA COSA JUZGADA LOCAL EN LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Por Osvaldo A. Gozaíni

OBJETIVOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Toda denuncia que llega a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH) persigue poner en evidencia el incumplimiento de un Estado Parte en la promoción y protección de los derechos humanos.

Esta iniciativa puede llegar de víctimas presuntas que piden reparaciones especiales; o de representaciones formales que actúan en defensa de los derechos del hombre, o de organizaciones no gubernamentales que fungen como artífices del Sistema y promueven una suerte de acompañamiento especializado conseguido merced a la experticia que acreditan.

El procedimiento que comienza ante la Comisión IDH tiene una naturaleza jurídica controvertida, pero lo que no es dudoso es que centra la investigación para desentrañar si existió una probable violación de los derechos humanos. El enjuiciamiento desarrollado en las instancias locales no se vincula con el nuevo proceso, aun cuando sostiene y estimula la decisión particular de promover una acción ante el órgano interestatal.

Podría decirse que este último es requisito de procedencia, en atención a la necesidad de agotar los recursos de jurisdicción interna, pero no tiene otro parentesco y recibe, en consecuencia, un tratamiento diferente. Por ejemplo, el proceso local culmina con la "cosa juzgada"; mientras que el transnacional no revisa dichas actuaciones, sino que genera un procedimiento propio de investigación preliminar.

debido proceso.indd 161 14/09/2018 03:29:56 p.m.

Por tanto, también puede hablarse del nacimiento de una instancia, si bien independiente y aislada del proceso interno. Este concepto admite el origen de un novedoso grado jurisdiccional que obrará en una dimensión de tiempo distinta a las etapas ya transpuestas.

Lo interesante de la confrontación entre proceso ordinario y proceso transnacional está en la íntima relación que tienen respecto a los sistemas procesales que los definen, en los cuales algunas veces podrán tomarse los principios generales consabidos (por ejemplo, contradicción, inmediación, economía procesal, oralidad, publicidad e informalismo), mientras que otras deberán adecuarse a los modelos de debate.[1]

LA FÓRMULA DE LA CUARTA INSTANCIA

Los procedimientos que comienzan ante la Comisión IDH tienen carácter subsidiario a las vías internas de protección a los derechos humanos. Se trata de un refuerzo de garantías que no debe ser visto como una instancia final de los recursos que tiene la jurisdicción nacional. El preámbulo de la Convención se emplaza como mecanismo complementario.

Si se le asignara calidad de instancia procesal, constituiría una vía de impugnación contra las decisiones que se toman por los jueces locales, que no es propiamente la actividad que genera el Sistema.

Por eso, cuanto se conoce como la fórmula de la cuarta instancia, tiene un defecto dogmático, porque la premisa básica consiste en permitir que la Comisión intervenga para verificar si en el derecho interno se han violado derechos humanos, sin que pueda revisar las sentencias dictadas por las autoridades jurisdiccionales de los Estados Parte.[2]

1. La Comisión Interamericana destaca el alcance de la denominada fórmula de la cuarta instancia (que a veces es segunda, mas es otro tema). En efecto, en un caso afirmó que "la premisa básica de esa fórmula es que la Comisión no puede revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención". Comisión IDH, Informe Nº 39/96, Caso Nº 11.673, 15/10/1996.

2. La regla del agotamiento previo de los recursos internos se basa en el principio de que un Estado demandado debe estar en condiciones de brindar una reparación por sí mismo y dentro del marco de su sistema jurídico interno. El efecto de esa norma es asignar a la competencia de la Comisión un carácter esencialmente subsidiario. Informe N° 39/96, caso N° 11.673: "Marzioni vs. Argentina", 15/10/1996.

debido proceso.indd 162 14/09/2018 03:29:56 p.m.

El problema está en que la intervención sobre el caso no es directa, pero sí lo es la confrontación del resultado con las pruebas y la decisión que se adopta por parte de la Comisión. En consecuencia, aunque se diga que la cosa juzgada no se revisa, en los hechos se recomienda explorar la causa por considerar que en ella hubo violaciones al debido proceso.

Así sucedió en la causa "López Aurelli vs. Argentina",[3] que trata sobre la detención por la dictadura militar de un trabajador que permaneció preso desde el año 1975, en la que la Comisión se expresa sin revisar los procedimientos internos, pero dando cuenta de que, con la instalación del gobierno democrático desde el 10 de diciembre de 1983, existía un deber de los jueces nuevos de repasar lo resuelto.

Este enfoque requiere de aclaraciones porque no es sencillo a simple vista. ¿Cómo se distancia la verificación del respeto a los derechos humanos de una persona que dice haberlos perdido o afectado en una instancia jurisdiccional local, sin que se revise la cosa juzgada?

Cosa juzgada y revisión de políticas

El problema no es diferente al que plantean otras instancias locales respecto de la posibilidad de que las Cortes o Tribunales Constitucionales revisen la constitucionalidad de las sentencias dictadas en su jurisdicción por jueces de competencia distinta.

El carácter de esa función constituye también la base de la denominada "fórmula de la cuarta instancia" aplicada por la Comisión, que es congruente con la práctica del sistema europeo de derechos humanos. La premisa básica de esa fórmula es que la Comisión no puede revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención.
La Comisión es competente para declarar admisible una petición y fallar sobre su fundamento cuando esta se refiere a una sentencia judicial nacional que ha sido dictada al margen del debido proceso, o que aparentemente viola cualquier otro derecho garantizado por la Convención. Si, en cambio, se limita a afirmar que el fallo fue equivocado o injusto en sí mismo, la petición debe ser rechazada conforme a la fórmula arriba expuesta. La función de la Comisión consiste en garantizar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados parte de la Convención, pero no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia.

3. Comisión IDH, Informe N° 74/90, caso "López Aurelli vs. Argentina", 04/04/1990.

debido proceso.indd 163 14/09/2018 03:29:56 p.m.

En otros términos: ¿puede la justicia constitucional, por ejemplo, revocar por violaciones al debido proceso sentencias que provienen de la más alta investidura de la administración judicial ordinaria? La misma pregunta se puede hacer en el Sistema: ¿puede la Comisión recomendar que se revise la decisión pasada en autoridad de cosa juzgada con el argumento encontrado de que en la sustanciación del proceso se han hallado vicios graves que afectan derechos humanos? ¿Puede hacerlo la Corte IDH?

La Comisión subraya que su deber es atender la estricta observancia de las normas y los principios del debido proceso y el juicio justo; y que este compromiso por las garantías es superior en el contexto de casos de aplicación de la pena capital.[4]

La diferencia puede estar en un problema comunicacional del Sistema, que apoyado en el rol de Ministerio Público que investiga si dentro de un Estado se cumple con los derechos humanos, decide encaminar ante la Corte una etapa contenciosa contra dicho Estado, confrontando entonces con sus políticas internas.

De ello surge que al verificar el proceso también considera los efectos de la sentencia, generando la confusión de llamar como "cuarta instancia" a esta etapa preliminar al juicio de la Corte IDH.[5]

Precisamente, como no se puede sostener que la Comisión sea un organismo de continuación jurisdiccional, es común que se apele a argumentos altisonantes que poco sirven para evitar el desconcierto.[6]

4. La Comisión antes sostuvo que el carácter irrevocable e irreversible de la pena capital hace de ella una forma de castigo que difiere en sustancia, así como en grado, de otros mecanismos de castigo, lo que justifica la aplicación de un criterio especialmente estricto de confiabilidad para establecer si una persona es responsable de un delito que dé lugar a la imposición de la pena de muerte. Comisión IDH, Informe N° 97/03, caso "Fondo Gary T. Graham", actualmente conocido como "Shaka Sanfoka c/ Estados Unidos", 29/12/2003. Véase, por ejemplo, "McKenzie y otros c/ Jamaica", *supra*, párrafo 188, en que se cita, *inter alia*, "Woodson c/ Carolina del Norte", 449, L Ed 944, 961 (U.S.S.C.).

5. La Comisión ha sostenido firmemente que cuando está de por medio una posible violación de los derechos de una persona en el marco de los instrumentos interamericanos sobre derechos humanos pertinentes, la fórmula de la cuarta instancia no se aplica y la Comisión puede considerar el asunto. Comisión IDH, Informe Nº 39/96, caso N° 11.673: "Marzioni vs. Argentina", 15/10/1996.

6. Es así que tienen que fundarse excepciones a la "fórmula de la cuarta instancia" que se explicitan con términos como los siguientes: "En las sociedades democráticas, en que los tribunales funcionan en el marco de un sistema de organización de los poderes públicos establecido por la Constitución y la legislación interna,

debido proceso.indd 164 14/09/2018 03:29:56 p.m.

En nuestra opinión, se tiene que reconstruir la naturaleza funcional de la Comisión IDH sin continuar mencionando como "cuarta instancia" un procedimiento que no es de revisión propiamente dicho.

La cosa juzgada puede tener límites temporales, y es constante aceptar que cuando las circunstancias que dieron lugar a una sentencia han cambiado, es factible reciclar las cosas llevándolas a un nuevo emplazamiento. Esta posibilidad tiene restricciones cuando hay derechos consolidados o han generado efectos jurídicos que se vienen cumpliendo amparados por la impronta de la definitividad de la sentencia.

Ahora bien, si la actuación de los órganos del Sistema es para verificar si en el Estado denunciado se han respetado los derechos y garantías de las personas físicas, no es el derecho interno cuanto se tiene que cotejar, sino el bloque de convencionalidad y en particular los derechos que tiene la Convención Americana.

Dentro de ellas están las garantías, principios y reglas del debido proceso, de forma tal que, por implicancia manifiesta, cuando se señala al Estado que dejó de cumplir con tal o cual precepto, al mismo tiempo le dice que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada es inconvencional.

No está diciendo que se revoca la sentencia, porque no es esa la función que denuncia, sino que la política del Estado que permitió esa actuación es contraria a las normas del Pacto de San José de Costa Rica. Pero esta puede ser una conclusión dogmática si leemos lo que dice la propia Comisión.

El caso "Fermín Ramírez vs. Guatemala"[7] es fiel testimonio de cómo se afecta la cosa juzgada interna recomendando que se reabra el proceso.

---

corresponde a los tribunales competentes considerar los asuntos que ante ellos se plantean. Cuando es evidente que ha existido una violación de uno de los derechos protegidos por la Convención, la Comisión tiene competencia para entender en el caso. La Comisión está plenamente facultada para fallar con respecto a supuestas irregularidades de los procedimientos judiciales internos que den lugar a manifiestas violaciones del debido proceso o de cualquiera de los derechos protegidos por la Convención". Comisión IDH, Informe N° 7/98, caso N°11.587: "Emiliano Castro Tortino vs. Argentina", 02/03/1998.

7. En efecto, allí se afirma que "*a)* El Estado es responsable de la violación del derecho de Fermín Ramírez consagrado en el artículo 8(2), (b) de la Convención Americana por que las autoridades judiciales guatemaltecas se abstuvieron de comunicarle previa y detalladamente los hechos en los que se fundó la sentencia condenatoria a la pena de muerte; *b)* El Estado es responsable de la violación del derecho de Fermín Ramírez consagrado en el artículo 8 (1) de la Convención Americana por que las autoridades judiciales

debido proceso.indd 165 14/09/2018 03:29:56 p.m.

Control constitucional y de convencionalidad

Se abre así un espacio para deliberar si hay confrontación entre el control de constitucionalidad aplicado por el derecho interno y el control de convencionalidad que concreta la justicia transnacional.[8]

La cosa juzgada impide que se reabran procesos que se amparan en la regla *non bis in idem*, pero la cosa juzgada constitucional es diferente y se explana en un territorio distinto donde siempre están referenciados los derechos fundamentales.

Esta es una diferencia que no está advertida en la resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha generado tantos comentarios y a los que más adelante referiremos.[9]

En el caso "Almonacid Arellano vs. Chile",[10] la Corte IDH dejó sin efecto dicha regla y, en consecuencia, reabrió el proceso en el que se había dispuesto absolver al responsable de una violación a los derechos humanos, por considerar que el procedimiento no se había instruido con independencia e imparcialidad, y sí con la clara intención de no someter al responsable a la acción de la justicia.

---

guatemaltecas le impidieron ejercer el derecho de ser oído sobre los hechos y circunstancias que se le imputaron en la sentencia condenatoria; *c)* El Estado es responsable de la violación del derecho consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana en relación con el artículo 1(1) del mismo instrumento por la eventual ejecución de la pena de muerte impuesta a Fermín Ramírez en un proceso penal en el que se incurrió en violaciones de los derechos al debido proceso legal y a la tutela judicial efectiva".
Sobre la base del análisis y en las conclusiones del Informe, la Comisión recomendó al Estado que: "1) Otorgue a Fermín Ramírez una reparación que incluya dejar sin efecto la pena impuesta y la realización de un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal. 2) Adoptar las medidas necesarias para evitar la repetición de los hechos que dieron origen a las violaciones establecidas en [dicho] informe". Comisión IDH, Informe Nº 35/04, caso "Fermín Ramírez vs. Guatemala", 11/03/2004.

8. En la sentencia del caso "Cabrera García y Montiel Flores vs. México", la Corte se pronuncia por primera vez sobre la cuarta instancia como excepción preliminar. El conflicto se suscita porque México alega que los recursos internos fueron resueltos conforme a las reglas del debido proceso de la Convención Americana y aplicando *ex officio* el control de convencionalidad. Sin embargo, la Corte contesta que el planteamiento del Estado mexicano versa sobre cuestiones de fondo, es decir, México alega la inexistencia de violaciones de derechos humanos, cuando esa es, precisamente, la cuestión de fondo. Corte IDH, caso "Cabrera García y Montiel Flores vs. México", 26/11/2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, Nº 220, párr. 21.

9. CSJN, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso "Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina", 14/02/2017.

10. Corte IDH, caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", 26/09/2006.

debido proceso.indd 166 14/09/2018 03:29:56 p.m.

Esta decisión se suma a varias más en las que se ha hecho una división entre el impedimento legal de actuar como tribunal de apelaciones o casación de los tribunales en los casos de derecho interno, y aquellos en los que se puede intervenir por encontrar que el debido proceso estaba vulnerado.

La tesis sustenta que no es una cuarta instancia porque los órganos intervienen no abriendo un nuevo juicio sino en virtud de cuatro razones primordiales:

1. La tarea esencial es el control de convencionalidad.
2. La función de los tribunales internos es de control constitucional y convencional, de manera que si hay incompatibilidad entre ellas, es deber del Sistema Interamericano adecuar la decisión.
3. Las sentencias de los tribunales locales difiere en el contenido material que se analiza, por ello es dudoso que se revise una cosa juzgada interna cuando los parámetros son distintos.
4. Las partes en ambos procesos son sustancialmente diferentes; en sede internacional la violación proviene del Estado, en tanto que en sede interna puede provenir de una autoridad estadual, municipal o de un particular.

En el caso "Gustavo Carranza Latrubesse vs. Argentina",[11] la Comisión sostuvo que no le compete dictaminar sobre la prudencia o eficacia de una doctrina judicial *per se*, a menos que su aplicación resulte en la violación de alguno de los derechos protegidos por la Convención Americana.

Cuanto se afirma por la Comisión y la Corte, afianza el deber de custodiar la aplicación por los Estados de los derechos que consagra la

11. Sin embargo, la Comisión IDH tiene una facultad fundamental para examinar si los efectos de una medida dada de alguna manera violan los derechos humanos del peticionario reconocidos en la Convención Americana. En este caso, la Corte Suprema de Chubut declaró no justiciable la demanda del peticionario, que pasó en autoridad de cosa juzgada cuando la Corte Suprema de Justicia argentina denegó la apertura del recurso extraordinario interpuesto por el peticionario, con el objeto de revertir la decisión del tribunal provincial. El efecto causado fue el de precluir toda decisión respecto de los méritos del asunto. La Comisión concluye que al impedir una resolución sobre ellos, el caso interpuesto por el señor Gustavo Carranza, a raíz de su destitución como juez de la Provincia de Chubut, el Estado argentino, violó sus derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana. Comisión IDH, Informe N° 30/97, caso N° 10.098: "Carranza Latrubesse vs. Argentina", 30/09/1997.

debido proceso.indd 167 14/09/2018 03:29:56 p.m.

Convención Americana, quedando para después el tema de la obligatoriedad de seguimiento de recomendaciones y sentencias. Ahora interesa ver si el impacto sobre la cosa juzgada es tan directo que supone convertir la fórmula de la cuarta instancia en un principio positivo de intervención, antes que en un presupuesto negativo de la revisión.

Cosa juzgada y revisión de convencionalidad

Desde nuestra perspectiva, hay que dividir las aguas en este sentido: la cosa juzgada es un instituto procesal. Puede ser una garantía judicial si de ella se espera seguridad jurídica y certidumbre para las relaciones emergentes de ese fallo. Pero el caso juzgado en sede internacional es distinto, admite ver el uso y aplicación de derechos antes que hechos en particular, y el elenco de posibilidades para incidir sobre ellos proviene, en primer lugar, de los derechos fundamentales entendidos desde el prisma del principio *pro homine*.

No es posible convalidar en el derecho interno el sacrificio de derechos humanos que fueran vulnerados por un proceso judicial que alcanza el estado de cosa juzgada. Si la Comisión encuentra que se produce el entredicho con los derechos convencionalizados, la recomendación es bastante para que el Estado pueda voluntariamente aceptar el consejo, o cumplir con la decisión de la Corte IDH si fuera una sentencia de este organismo.[12]

12. El voto razonado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en "Cabrera García y Montiel Flores vs. México" sostiene que para poder determinar si las actuaciones de los jueces nacionales resultan compatibles con el Pacto de San José, en determinados casos se tendrá que analizar su actuación a la luz de la propia normatividad interna y siempre atendiendo a la Convención Americana, especialmente para valorar lo que podríamos denominar el "debido proceso convencional" (en sentido amplio). Dicho análisis, por consiguiente, no puede constituir una "cuestión preliminar", sino fundamentalmente representa una "decisión de fondo", donde precisamente se analizaría, *inter alia*, si un determinado ejercicio del "control de convencionalidad" por parte de los tribunales nacionales resultó compatible con las obligaciones contraídas por el Estado demandado y a la luz de la propia jurisprudencia interamericana. Las anteriores consideraciones, por supuesto, no otorgan competencia absoluta a la Corte IDH para revisar en cualquier caso y condición la actuación de los jueces nacionales a la luz de la propia legislación interna, toda vez que ello implicaría examinar nuevamente los hechos, valorar las pruebas y emitir una sentencia que eventualmente pudiera tener por efecto confirmar, modificar o revocar el veredicto nacional; cuestión que claramente excedería la competencia propia de esa jurisdicción internacional al sustituirse

debido proceso.indd 168 14/09/2018 03:29:56 p.m.

La Corte IDH no tiene competencia para convertirse en una "nueva y última instancia" para resolver los planteamientos originales de las partes en un proceso nacional. Esto lo tiene claro el Tribunal Interamericano, como no puede ser de otra manera. Precisamente es el control de convencionalidad el que razona y fundamenta la intervención de los órganos del Sistema. La redacción que sugiere la fórmula de la cuarta instancia como obstáculo debiera renovarse dando a entender que la Comisión es competente para declarar admisible una petición y resolver sobre ella cuando advierte claro y manifiesto el vicio convencional. Estos derechos afectados por un proceso que no es el debido que garantiza el Pacto son la piedra de toque para habilitar la instancia supranacional.

Luego, si el proceso local cuestionado tiene defensas sostenidas en aplicaciones propias del derecho interno, o el Estado defiende con el sostén que tiene la cosa juzgada, la actuación no sería propiamente de revisión del proceso, sino de verificación de cumplimiento en el derecho interno de los derechos y garantías consagrados que se fiscalizan con el control de convencionalidad.

Ahora bien, si el peticionante sólo afirma equivocaciones de razonamiento o disconformidades con apetencias personales que se basan en apreciaciones propias, es evidente que ninguno de los órganos de la Convención se puede convertir en un tribunal de alzada impropio.

OBLIGACIONES DE CUMPLIR LAS PROPUESTAS Y RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

También cabe considerar que la Comisión IDH sólo formula propuestas y recomendaciones que un Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene la *obligación* de realizar sus *mejores esfuerzos* para cumplirlas en virtud del principio de buena fe.

En el caso "Carranza Latrubesse", que tiene una importancia relevante para razonar sobre este deber, se sostuvo que era correcta la interpretación que niega carácter vinculante a las recomendaciones

a la jurisdicción interna y violentar el carácter subsidiario y complementario esencial de aquella. Corte IDH, "Cabrera García y Montiel Flores vs. México", 26/11/2010.

debido proceso.indd 169 14/09/2018 03:29:56 p.m.

de la Comisión Interamericana, toda vez que se encuentra confirmada claramente por un argumento que surge de la sistemática de la Convención y del Sistema Interamericano en general. Si las recomendaciones de la Comisión fueran de cumplimiento obligatorio para los Estados parte, entonces ningún sentido tendría el artículo 51.1 de la Convención Americana en cuanto permite a la Comisión someter un caso ante la Corte Interamericana. En otras palabras: ¿qué interés tendría la Comisión Interamericana en someter un caso a conocimiento de la Corte Interamericana –y cuál sería la finalidad del sistema en que lo haga– si sus recomendaciones ya tuvieran los mismos efectos vinculantes que las sentencias contenciosas de este tribunal? ¿Qué sentido tendría que se autorice a la Comisión a someter un asunto a la Corte si ella misma ya pudiera, a través de recomendaciones, imponer reparaciones con carácter obligatorio para el Estado? La interpretación que pretende asignar efectos vinculantes a las recomendaciones de la Comisión emitidas en un informe final termina por vaciar de sentido a la disposición que faculta a la Comisión para someter un caso a conocimiento de la Corte, y, en los hechos, convierte la instancia frente a la Corte Interamericana en una suerte de etapa recursiva para el Estado en caso de una decisión adversa de la Comisión.

En consecuencia, si bien el Estado argentino ha de esforzarse por cumplir las decisiones de la Comisión, estas no son de cumplimiento obligatorio, por lo tanto su cumplimiento no puede exigirse judicialmente. Un tribunal judicial no puede condenar al Estado argentino a pagar una indemnización contenida en una recomendación de la Comisión Interamericana, pues esta recomendación no es obligatoria para aquel.[13]

Pero esta opinión –no vinculante– de algún modo fue contraria al reconocimiento expreso que hizo nuestro país a la jurisdicción de las decisiones adoptadas por la llamada "justicia transnacional" que desde 1994 se había incorporado al texto constitucional en el artículo 75.22. Incluso, ya con anterioridad la Corte Suprema de Justicia de la Nación había sostenido la jerarquía de los Tratados y Convenciones sobre de-

13. Procurador General de la Nación (Esteban Righi), en S.C.C. 594; L. XLIV –*Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores*–, Provincia del Chubut, del 01/09/2009.

debido proceso.indd 170 14/09/2018 03:29:56 p.m.

rechos humanos dándoles jerarquía fundamental. Nos referimos a la causa "Ekmekdjian Miguel c/ Sofovich Gerardo y otros".[14]

Sin embargo, una cosa es admitir la obligación de aplicar un sistema jurídico que, como tal, se agrega al texto constitucional o sustancial conforme la jerarquía de sus disposiciones, y otra es orientarse con las decisiones que en dicho sistema adoptan los órganos que lo componen.

En la causa citada de 1992, la Corte acepta que puede seguir el temperamento de la jurisprudencia internacional proveniente de la Corte Interamericana; pero nada dice respecto de las recomendaciones y propuestas que formula la Comisión.

En la causa "Giroldi",[15] enunció: "A esta Corte le corresponde [...] en la medida de su jurisdicción, aplicar los tratados internacionales [...] ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional". Pero fue en la causa "Bramajo"[16]

14. Donde se anticipó que "La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados –aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980– confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno. Esta convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos: 257:99 y 271:7, pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual 'no existe fundamento normativo para acordar prioridad' al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el art. 27 de la Convención de Viena, según el cual 'Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado'. Que la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27". Fallos CSJN: 315:1492, 07/07/1992.

15. CSJN, "Giroldi Horacio E. y otro", considerando 12, 07/04/1995.

16. "Que la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en el art. 7, inc. 5, que 'toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso'. Por su parte la ley 24390, que se autodefine como reglamentaria del art. 7, inc. 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9) determina un plazo fijo de dos años, con una prórroga de un año y otra de seis meses para los procesados que habiendo cumplido aquel lapso de detención en prisión preventiva no hubiesen sido juzgados en forma definitiva (arts. 1 y 2). Además dispone que transcurrido el plazo

debido proceso.indd 171 14/09/2018 03:29:56 p.m.

donde concedió efectos jurídicos concretos a las recomendaciones contenidas en los informes de la Comisión.

En la lectura del caso se podían deducir dos tendencias. La jurisprudencia de la Corte IDH sería vinculante cuando el caso a ser resuelto por la jurisdicción interna fuera exacto al que tiene el precedente. Podía ser una fuente cuando no lo fuera, y en los casos de opiniones de la Comisión IDH solamente serviría de *guía de orientación*.

En pocas palabras, nunca se habla de obligatoriedad de seguir las propuestas y recomendaciones de la Comisión.

En la causa "Acosta",[17] las dudas quedaron de manifiesto porque ante un pedido de aplicación de las recomendaciones contenidas en el informe 55/97 de la Comisión IDH, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estimó que, si bien el Estado argentino debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones de la Comisión, en modo alguno implica *consagrar como deber de los jueces el de dar cumplimiento a su contenido*. En consecuencia, si el Estado no tiene el

---

mencionado, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión (art. 7)". Fallos CSJN: 319:1840, "Bramajo Hernán J.", considerando 15, 12/09/1996.
"Que la 'jerarquía constitucional' de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, 'en las condiciones de su vigencia' (art. 75, inc. 22, 2° párrafo) esto es, tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquella para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana".

17. Si bien por principio de buena fe rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, y este debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse de aquellas decisiones vinculantes para el Poder Judicial.
La jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se repute, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales –equiparable al recurso de revisión–, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la cual, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional.
No hay relación directa entre las recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la privación de libertad que se hallan cumpliendo los condenados por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Fallos CSJN: 321:3555, "Acosta Claudia", 22/12/1998.

debido proceso.indd 172 14/09/2018 03:29:56 p.m.

deber de cumplir una recomendación, sus efectos jurídicos quedarían a criterio del propio Estado.

Un ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina admite que el sistema interamericano ha ejercido una fuerte influencia en el superior tribunal en dos sentidos: uno relacionado con la *interpretación* de los derechos humanos (citando el caso "Barrios Altos" donde quedaron establecidas considerables restricciones a las posibilidades de invocar la defensa de la cosa juzgada para obstaculizar la persecución penal –causa "Videla, Jorge Rafael"–); y otra vinculada con la *jurisdiccionalización de valores y principios* que llegan del Sistema Interamericano y que ejercen señalamientos directos en el control de constitucionalidad.[18]

La evolución jurisprudencial es importante y tiene luces y sombras permanentes, hasta llegar una vez más al caso "Carranza Latrubesse",[19]

18. Petracchi, Enrique S., *Jurisdicción constitucional y Derechos Humanos*, *LL*, 2005-E-907.

19. La Corte resuelve: "Que es preciso profundizar la cuestión litigiosa, vale decir, si las 'recomendaciones' que formula al Estado interesado la Comisión en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 51.2 de la Convención Americana, tienen para aquel naturaleza obligatoria o no [...]. Que si bien la interpretación que se impone del término recomendaciones del artículo 51.2 de la Convención Americana es derivación necesaria de las pautas y normas de exégesis señaladas y aplicadas en repetidas oportunidades en el curso de esta sentencia, igualmente cabe agregar otras consideraciones a fin de aventar algunas objeciones que pudieran todavía persistir. Es de significar entonces, primeramente, que los tratados de derechos humanos, con arreglo al considerando precedente, constituyen una serie de limitaciones a la soberanía de los Estados, por lo que se requiere adoptar una actitud amplia en materia de hermenéutica de las obligaciones estatales [...]. Desde análoga perspectiva y entendiéndolas, *ex hypothesi*, como destinadas al artículo 51.2: ¿qué sentido debe darse a la doctrina de la Corte IDH? según la cual en virtud del principio de buena fe consagrado en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos.
Que prosiguiendo con el orden expositivo anunciado en el primer párrafo del precedente considerando, cuadra observar, en tercer término, que habida cuenta del arraigo y madurez que ha logrado el sistema convencional interamericano con el correr de sus años, bien puede entenderse que la postura sostenida resulta, en todo caso, la más acorde con la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.
Que, por último, es de importancia dejar asentados otros dos motivos. Por un lado, que si alguna duda se mantuviera a esta altura del discurso, la máxima *ut res magis valeat quant pereat*, también conocida como del 'efecto útil', es regla general de interpretación ya consolidada incluso con anterioridad a su recepción en el artículo 31 de la Convención

debido proceso.indd 173 14/09/2018 03:29:56 p.m.

que después de regresar a la Comisión por denuncias de inejecución de decisiones, volvió a considerar el peso influenciable de la Comisión IDH en el derecho argentino.

En nuestra opinión, la corriente jurisprudencial que alcanza la Corte Nacional en el caso "Carranza Latrubesse" exige diferenciar la naturaleza de las decisiones que comunica la Comisión IDH. La producción de *recomendaciones* sólo sugiere, sin más aditamentos. Indica dónde están las violaciones pero deja las soluciones a los Estados, aunque se debe reconocer que son puntillosas y descriptivas sobre los campos que se deben completar.

De allí que sería deseable fomentar una división precisa entre decisiones vinculantes y no vinculantes. Las primeras serían jurisdiccionales propiamente dichas y provendrían de la Corte IDH, con la posibilidad de revestir sus decisiones de peculiaridades propias como tienen las sentencias constitucionales (por ejemplo, una característica única de la sentencia transnacional es la división entre lo declarativo/condenatorio y las disposiciones de reparaciones y costas). Las otras necesitan resolver el alcance que tienen expresiones como las usadas tradicionalmente.

El término *recomendaciones* usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En consecuencia, al no tener el carácter de una decisión jurisdiccional, carecen de obligatoriedad y su

---

de Viena, e impone, como lo explica la Comisión de Derecho Internacional, que cuando un tratado es susceptible, *v. gr.*, de dos interpretaciones, una de las cuales le permite producir los efectos queridos y la otra no, la buena fe y la necesidad de realizar el objeto y fin del instrumento exigen la adopción de la primera de las dos interpretaciones.
Luego, es preciso anotar que la aplicación del ya recordado principio de buena fe al cumplimiento de los tratados indica, precisamente, que una de las formas de satisfacerlo por dichos Estados es 'honrando el mencionado tipo de expectativas'.
Que, con todo, es menester aclarar que la obligatoriedad de las recomendaciones del informe en definitiva atañe, como el propio artículo 51.2 lo enuncia, a las recomendaciones 'pertinentes', esto es, sólo a las dirigidas a 'remediar la situación examinada'…". CSJN, Causa N° 568, XLIV. C. 594. XLIV. Recursos de hecho, "Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut", Buenos Aires, 06/08/2013.

debido proceso.indd 174 14/09/2018 03:29:56 p.m.

inejecución no genera responsabilidad del Estado, lo cual fue ratificado en el caso "Caballero Delgado y Santana vs. Colombia".[20]

Esta diferencia entre lo que es obligatorio porque proviene de un órgano con jurisdicción, y quien no lo tiene carece de efectos vinculantes tiene la misma repercusión que produce discutir sobre el deber de seguir una orientación jurisprudencial cuando el ordenamiento donde se emite no tiene la doctrina del precedente.

REVISIÓN INDIRECTA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Un problema similar al que se analiza respecto a la Comisión lo traen las sentencias de la Corte IDH. En efecto, no siempre un organismo jurisdiccional metaestatal aborda la revisión de un proceso (y de suyo, la cosa juzgada en él dictada), sino que investiga la posible pugna del Estado con el derecho humano al que protege. Por ejemplo, si fuera replanteada una litis cualquiera, el control sería sobre la garantía que el 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 manera tal que, por lógico que parezca el criterio anterior, en realidad se estaría revisando la cosa juzgada local.

De ser así, se puntualiza que sólo con una reforma en la Constitución Nacional podría ser posible mudar el carácter final e irrevocable de las sentencias que emanan con esa condición de inmutabilidad. Pero esta conclusión enfrenta disposiciones de las convenciones transnacionales con la supremacía de las constituciones locales, pues si la voluntad del Estado al adherir voluntariamente a un pacto o tratado fue comprometerse con respecto a los derechos consagrados en su texto, cualquier apartamiento o desconocimiento de esa voluntad prometida daría lugar al interesado para denunciar el incumplimiento a los órganos de protección previstos por aquellas.

20. Corte IDH, caso "Caballero Delgado y Santana vs. Colombia", 08/12/1995, Serie C, N° 22, párr. 67.

debido proceso.indd 175 14/09/2018 03:29:56 p.m.

No debe olvidarse que la sentencia transnacional promete resolver un conflicto de situación directamente vinculado con la libertad del hombre. Esa libertad, base de los derechos humanos, es a un 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.

Lo cierto es que, por vía de principio, la cosa juzgada interna no se altera por la resolución efectuada por la Corte IDH. A veces, la influencia sobre ella se marca en las indemnizaciones resarcitorias que establece y pueden ejecutarse mediante los mecanismos internos previstos para la ejecución forzosa. Sin embargo, no deja de ser una laguna, porque a pesar de ser estos tribunales un contralor subsidiario de las responsabilidades que los Estados asumen frente a los seres humanos que los pueblan y organizan, existe un derecho más serio a controlar que vive y asienta sobre los derechos humanos, aquellos que perteneciendo a toda la humanidad, deben garantizarse por encima de todo esquema rígido que los enmarque y aprisione sin darles la libertad que les es propia e intrínseca.

FUNCIONES DE LA COSA JUZGADA EN EL DERECHO INTERNO

La sistemática que repite el funcionamiento de los procedimientos de protección de los derechos humanos insiste en que no vulnera la cosa juzgada y sus funciones en el derecho interno.

La *res judicata* es previsibilidad y la predicción que provocan las sentencias se une a la seguridad jurídica que portan las decisiones firmes e irrevisables por alcanzar la cosa juzgada. Sin embargo esto sólo es útil en sistemas donde el precedente tiene influencia en la toma de decisiones. Cuando la decisión judicial está liberada de ataduras (precedentes) cualquiera sea la jurisdicción que intervenga, puede realizar una lectura singular del derecho que al caso corresponde aplicar, de forma que la cosa juzgada puede encontrar variaciones producto de interpretaciones disímiles.

De suyo, el sistema no impide que exista un fallo final de los superiores tribunales que fije un criterio definitivo que puede o no ser

debido proceso.indd 176 14/09/2018 03:29:56 p.m.

obligatorio. En cambio, en algunos regímenes esa confianza no existe con tanta libertad, y se condiciona al magistrado a través de las propias leyes y reglamentos procesales.

La función previsora de la *res judicata* se modifica así en lugares donde el peso de la jurisprudencia no es igual. Los países que tienen libertad para que los jueces actúen según su leal saber y entender, dejan abierto el camino para que el órgano de cierre sea el fiel y último intérprete.

En materia de control de constitucionalidad, la fiscalización del principio de legalidad y de supremacía de los derechos humanos no admite hoy distinciones ni sutilezas porque el esquema de fuentes ya no es sumiso a la voluntad del legislador ni al imperio de las normas; todo lo contrario, ellas serán legitimadas con el control de aplicación libre y sin condicionamientos que el juez pueda realizar en cada caso concreto.

Esto no se obstaculiza por la existencia de una interpretación vinculante. Vale decir, no se altera ni afecta la independencia judicial cuando ha sido un superior jerárquico el que ha desenvuelto una sentencia orientativa u obligatoria.

En ambas situaciones, es decir, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la constitucional, y aun entre ellas, es un precedente que deberá aplicarse, teniendo en cuenta que la producción de fuentes puede llegar, incluso, del derecho transnacional.

El cuadro de la organización jurisdiccional de Argentina muestra que la función predictiva de la cosa juzgada no es tan real en esquemas tan abiertos como el nuestro, porque esa peculiaridad deductiva que permite a la Constitución argentina tener una lectura particular según quién sea el intérprete o ideólogo que la explique, provoca incertidumbre cuando la palabra de cierre no llega por el carácter extraordinario y excluyente que la propia Corte Suprema genera al no tomar todas las causas, sino sólo aquellas que le resulten trascendentes.

En consecuencia, debemos considerar que la cosa juzgada cuenta con una eficacia especial, de tipo indefinido, que parcializa sus alcances en las personas, porque sólo abarca a quienes hubieran sido parte en el juicio; en el objeto procesal, es decir que evita la repetición de decisiones ya adoptadas; y en el tiempo, entendido como la prolongación temporal de la eficacia de la sentencia.

De ello surge cierta relatividad de la previsibilidad que se cree presente en la cosa juzgada, en la medida en que sólo se resuelven casos

debido proceso.indd 177 14/09/2018 03:29:56 p.m.

concretos, conflictos entre sujetos conocidos y acordes al principio dispositivo donde la cosa juzgada sólo alcanza a quienes han sido parte. El antecedente no suele influir en procesos iguales salvo en lo que podríamos denominar como "doctrina legal", que es la interpretación consistente y reiterada sobre la orientación que deben seguir algunas disposiciones de fondo o de orden procesal.

En procesos comunes, las sentencias definitivas no suelen recibir revisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, básicamente porque el esquema funcional de los recursos es excepcional y condicionada; y en materias de derecho común y/o procesal sólo tienen cabida cuando el vicio de la sentencia es de arbitrariedad manifiesta, que se considera una cuestión constitucional.

En consecuencia, el aspecto procesal de la cosa juzgada tiene fuertes resistencias apenas se ve en ella un impedimento que, amparado en la seguridad jurídica o en el derecho de propiedad (como la Corte Suprema de Justicia argentina lo reconoce), implementa una suerte de paz social provocada.

Este criterio aparece desmedido frente a la realidad emergente del hecho que la cosa juzgada no constituye algo connatural a la sentencia sino, en todo caso, una creación del ordenamiento jurídico, que puede asignar o no ese efecto, o limitarlo sin vulnerar en principio derecho alguno. Sin embargo, tanto la legislación como la jurisprudencia nacional han morigerado los efectos de un enfoque tan radical como el antes citado.

Como referencia adicional, cabe señalar que de acuerdo con los criterios sentados por la Comisión IDH, parece difícil que para los organismos internacionales la cuestión de la cosa juzgada pueda incluirse en tal derecho. En materia penal, ha sido tradicional la admisión de correctivos a la *res judicata* en beneficio de la persona condenada, no sólo a través de las facultades de dictar amnistías, conmutaciones e indultos, sino también mediante la regulación crecientemente amplia del recurso de revisión contra las condenas y otras manifestaciones, entre ellas, la unificación de condenas dictadas en causas distintas –no por acumulación aritmética sino por el denominado sistema de composición–, o la flexibilización de las penas en la etapa ejecutiva inherente al moderno derecho penitenciario. En materia civil, la propia Corte Suprema de Jus-

debido proceso.indd 178 14/09/2018 03:29:56 p.m.

ticia de la Nación ha establecido excepciones a la "intangibilidad" de lo sentenciado, en las que relativizó el efecto de la cosa juzgada.[21]

DEBIDO PROCESO Y COSA JUZGADA

La revisión de la cosa juzgada no es una institución propia del derecho argentino, aunque existen precedentes que la cambiaron por razones de notoria injusticia o manifiestas violaciones del debido proceso.

El tema que queremos plantear consiste en el acierto o error que puede tener la sentencia dictada recientemente por la Corte Suprema en el caso "Fontevecchia" ya anticipado. En él, el Alto Tribunal indica que "corresponde analizar si la orden contenida en la parte resolutiva de la sentencia de la Corte IDH en tanto dispone 'dejar sin efecto la condena civil' ha sido dictada dentro del marco de atribuciones previsto por la Convención Americana".

21. Garrido, Manuel, "La aplicación en el ámbito interno de la República Argentina de las decisiones de los órganos interamericanos de aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La cuestión de la cosa juzgada", en *Revista Argentina de Derechos Humanos*, CELS, Universidad Nacional de Lanús, año 1 N° 0, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, p. 88 y ss. Sobre esta cuestión se ha señalado que "se ha operado un cambio significativo respecto de una tradición anclada al principio de intangibilidad de la sentencia en una lógica inspirada en el merecimiento del castigo para la determinación de la pena. Este cambio ha favorecido el proceso de progresiva autonomía de la fase ejecutivo-penitenciaria con fines utilitaristas, ya sea de prevención o de premiación. Y esta progresiva autonomía de la fase penitenciaria se ha realizado mediante la atribución prevaleciente a los órganos de la jurisdicción de la facultad de modificar la cantidad y la calidad de la pena merecida". "Así, a un primer 'intercambio negativo' (equivalencia entre delito y pena) que se opera en la primera fase de determinación del castigo legal al hecho delictivo se ha venido contraponiendo, en la fase ejecutiva, la práctica de un 'intercambio positivo' o 'intercambio penitenciario' entre parte o intensidad del sufrimiento legal y otros factores: buena o mala conducta carcelaria, progresos o fracasos en el proceso de resocialización, colaboración o no con la justicia". "La pena en los hechos puede entonces ser más corta o más leve, o bien más larga o más severa que aquella originariamente merecida, por razones que no se vuelven más al pasado –a aquello que se ha hecho– sino al presente y al futuro: cómo se es y cómo es dado presumir que se será. A una fase en la cual la determinación del castigo legal se relaciona con un 'juicio sobre el hecho', sigue entonces una diversa consideración valorativa conexa con un 'juicio sobre el autor'". Pavarini, M., "La Miseria del Reformismo Penitenciario. Algunas notas críticas a la luz de la experiencia italiana", en *Los derechos fundamentales de los reclusos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999, p. 1.

debido proceso.indd 179 14/09/2018 03:29:56 p.m.

Recordemos que cuando se anula un proceso donde existe sentencia firme de condena, los motivos que lo permiten han de ser claros y precisos. Una deformación del fundamento pone en clave la discrecionalidad judicial. La Corte Interamericana de Derechos Humanos introdujo en el caso "Castillo Petruzzi" una sugerente propuesta.[22]

La violación al debido proceso se debe encontrar en las garantías que el propio enjuiciamiento exige para darle soporte legal y consistencia jurídica. No es el error el que se juzga, porque aun estando presente, ya sea por aplicar erróneamente la ley, o juzgar las pruebas con graves deficiencias, o dejar sin fundamentos al pronunciamiento, cuando alguno o todos ellos están presentes, si la parte tuvo oportunidad de replicar su aplicación y no lo hizo, la sentencia, aun viciada, es válida.

La conformidad con lo resuelto tampoco es un problema de partes, en el sentido de dejar validado el proceso con las acciones de quienes litigan y resuelven. Si así fuera, todo el problema quedaría alojado en la dimensión del proceso civil o en la disponibilidad del Ministerio Público Fiscal.

Podríamos plantear, con cierta utopía, una ampliación de los valores implícitos de la cosa juzgada, donde la seguridad jurídica y la predictibilidad estén acompañadas de la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia.

22. "Todo proceso está integrado por actos jurídicos que guardan entre sí relación cronológica, lógica y teleológica. Unos son soporte o supuesto de los otros y todos se ordenan a un fin supremo y común: la solución de la controversia por medio de una sentencia. Los actos procesales corresponden al género de los actos jurídicos, y por ello se encuentran sujetos a las reglas que determinan la aparición y los efectos de aquellos. Por ende, cada acto debe ajustarse a las normas que presiden su creación y le confieren valor jurídico, presupuesto para que produzca efectos de este carácter. Si ello no ocurre, el acto carecerá de esa validez y no producirá tales efectos. La validez de cada uno de los actos jurídicos influye sobre la validez del conjunto, puesto que en este cada uno se halla sustentado en otro precedente y es, a su turno, sustento de otros más. La culminación de esa secuencia de actos es la sentencia, que dirime la controversia y establece la verdad legal, con autoridad de cosa juzgada". "Si los actos en que se sostiene la sentencia están afectados por vicios graves, que los privan de la eficacia que debieran tener en condiciones normales, la sentencia no subsistirá. Carecerá de su soporte necesario: un proceso realizado conforme a Derecho. Es bien conocida la figura de la reposición del procedimiento, que acarrea la invalidación de diversos actos y la repetición de las actuaciones a partir de aquella en que se cometió la violación que determina dicha invalidación. Esto implica, en su caso, que se dicte nueva sentencia. La validez del proceso es condición de la validez de la sentencia". Corte IDH, caso "Castillo Petruzzi y otros vs. Perú", 30/05/1999 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, Nº 52.

debido proceso.indd 180 14/09/2018 03:29:56 p.m.

Evidentemente, custodiar que el proceso sea justo implica la responsabilidad del que lo promueve, que lo asuma el que lo juzga y que lo controlen instancias superiores de revisión. Pero a estas etapas procesales y roles jurisdiccionales debe sumarse algo innato a la cultura del hombre civilizado: confiar en los jueces, que significa alentar la justicia de sus actos.

Este sentido moral que impregna la validación de un proceso cuya sentencia será definitiva e inexpugnable, no va contra el sentido de justicia material que la Corte ha reconocido[23] en la autoridad de la cosa juzgada.

La inmutabilidad de la sentencia se corresponde con los presupuestos de regularidad constitucional que le preceden, en los cuales la injusticia notoria se expone en cada etapa superada del procedimiento. De allí que, cuando la declaración judicial consigue permanecer inmutable pese a la injusticia creada por acción u omisión, deja de lado el objetivo del principio y pierde toda justificación.[24]

El sentido que queremos sea aplicado en la interpretación difiere del pensamiento de la Corte Nacional, cuando esta señala que la cosa juzgada es de raigambre procesal.[25] Cuando lo que se pone en juego es

23. Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala II, Fallos: 321:1757, "Vicente Luis Ángel c/ Anses s/ reajustes varios", 30/09/2015.

24. La Corte IDH sostuvo en el mencionado caso "Castillo Petruzzi" que "Evidentemente, no nos encontramos ante un procesamiento que satisfaga las exigencias mínimas del debido proceso legal, que es la esencia de las garantías judiciales establecidas en la Convención. Tal circunstancia motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza. Corresponde al Estado, en su caso, llevar a cabo –en un plazo razonable– un nuevo enjuiciamiento que satisfaga *ab initio* las exigencias del debido proceso legal, realizado ante el juez natural (jurisdicción ordinaria) y con plenas garantías de audiencia y defensa para los inculpados". Corte IDH, caso "Castillo Petruzzi y otros vs. Perú", 30/05/1999 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, Nº 52.

25. "Si bien la existencia o inexistencia de la cosa juzgada es un problema de hecho y de derecho procesal, ajeno a la instancia extraordinaria, ello no es óbice para conocer en un planteo de dicha naturaleza cuando la decisión impugnada extiende su valor formal más allá de límites razonables y omite una adecuada ponderación de aspectos relevantes de la causa, lo cual redunda en un evidente menoscabo de la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional". CSJN, "Carutti, Myriam Guadalupe vs. Administración Nacional de la Seguridad Social", 19/02/2008.

debido proceso.indd 181 14/09/2018 03:29:56 p.m.

el debido proceso, la cuestión constitucional es evidente, y el enfoque tiene que variar por necesidad.

En el recordado caso "Chocobar"[26] sobre reajuste de la movilidad jubilatoria, se dio esta lectura de adaptación que impidió el uso de la cosa juzgada como impedimento legal. Estaba claro que se afectaban derechos adquiridos si no fuese actualizado el haber de retiro que se había reconocido, y que estaba alterado por una evidente inflación monetaria.

Una vez más el debido proceso no se concreta por el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales si la aplicación genera una situación extremadamente injusta.

Observar la cosa juzgada desde lo constitucional no es novedad. La revisión de la cosa juzgada, en tales supuestos, puede ser regulada por leyes procesales, pero aun a falta de ley existe bastante asidero constitucional para admitir tal revisión (porque los supuestos de procedencia siempre remiten a casos en que la cosa juzgada que se vuelve a considerar responde a situaciones graves que han comprometido el debido proceso y la administración de justicia).

Pero no sumemos confusiones; la revisión de la cosa juzgada por el derecho interno y ante los jueces locales es una cosa, y otra muy distinta es que sea la Corte IDH quien la revoque cambiando el sentido que resulta firme.

LA CORTE IDH NO PUEDE AFECTAR LA COSA JUZGADA PERO PUEDE ORDENAR QUE SE CAMBIEN LOS EFECTOS

El Considerando 11 del voto de mayoría en la causa "Fontevecchia" entiende que "dejar sin efecto la sentencia" equivale a o es sinónimo de "revocarla"; y de haber actuado así la Corte IDH, interpreta que obraría como una "cuarta instancia", "en clara violación de los principios estructurantes del sistema interamericano y en exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema".

Creemos que esta es una lectura equivocada en términos estrictamente jurídicos. El error proviene de asimilar la naturaleza jurídica de

26. Fallos CSJN: 319:3241, "Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios", 08/08/2006.

debido proceso.indd 182 14/09/2018 03:29:56 p.m.

ambas decisiones como si fuesen de idéntica contextura. Y yerra aún más cuando en el siguiente considerando argumenta que "al ordenar dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada, ha recurrido a un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto por el texto constitucional…".

Las sentencias comunes o constitucionales son procesales en sentido estricto. Deben cumplir con formas y condiciones de tratamiento donde la razonabilidad proscriba lo discrecional y evite la pura arbitrariedad de las sentencias sin debida fundamentación.[27] En cambio, las sentencias que provienen de la Corte IDH son diferentes. Esta asimetría no solamente es formal porque cambia la estructura de formación, sino también porque la temática de estas sentencias tiene algo especial, pues no se dirige a satisfacer un interés privado o de beneficio a un grupo, sino que persigue afianzar valores que afectan directamente al derecho convencionalizado. Son derechos humanos los que se consideran, y sólo como *ultima ratio* las víctimas son atendidas como protagonistas y testigos del incumplimiento, dando lugar a un modelo de sentencia de reparaciones que es distinta a la declarativa de derechos.[28]

Desde otra perspectiva, pero siempre en el campo de los objetivos, una sentencia transnacional que pretenda trasponer el límite de la cosa juzgada entre partes tiene que decidir el modo como la garantía será restablecida, donde lo hecho en el derecho interno es indiferente, pues no revisa la sentencia local sino el comportamiento del Estado en el cumplimiento de los derechos humanos.

De allí que el procedimiento encausado por el Ministerio de Relaciones y Culto haya sido correcto, aun con ciertas deficiencias de redacción en el oficio cursado, el cual pudo haber sido la causa de la sentencia que trae ahora este desconcierto.

En los párrafos que preceden hemos pretendido demostrar el acierto de la Corte Suprema al observar que el Sistema Interamericano es subsidiario y no puede –ni debe– afectar la cosa juzgada de los

27. Gozaíni, Osvaldo A., *Teoría de la sentencia constitucional*, México, Porrúa, 2015, p. 122 y ss.

28. Gozaíni, Osvaldo A., *Sistema Procesal Interamericano. Procedimientos ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ediar, 2016, p. 976 y ss. Ver también: Loianno, Adelina, *Control de Convencionalidad*, Quito (Ecuador), Cevallos editores, 2016, p. 115 y ss.

debido proceso.indd 183 14/09/2018 03:29:56 p.m.

casos resueltos por la jurisdicción interna. Al no ser una cuarta instancia y reconocer que la sentencia internacional es propiamente el medio donde se expresa la reparación (siendo ella misma una especie de satisfacción), el sentido de obligatoriedad del fallo no es para los jueces que han dictado el pronunciamiento encontrado violatorio del derecho de que se trate, pues en realidad no hay revisión del caso aunque sea la prueba manifiesta.

Cuanto se realiza es una supervisión del obrar del Estado a través de sus cuerpos y por eso cuando se pide reparar es una orden al gobierno para que lo ejecute, y no al juez para que revoque una sentencia por él dictada.

Desde otra mirada es lo mismo cuando se dice que todos los funcionarios deben hacer control de convencionalidad, en el sentido de que es el Estado quien a través de todos los sujetos que para él trabajan y ejercen funciones públicas, deben salvaguardar los derechos de las personas. Vale decir, el control de convencionalidad puede sesgar su aplicación a lo puramente jurisdiccional, pero el sentido real es obligar al Estado.

Por tanto, el sentido de las reparaciones cobra relieve particular en las sentencias de la Corte IDH. No se trata únicamente de señalar los errores de derecho en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o de condenar las conductas lesivas de los Estados; sino, además, de reparar las violaciones flagrantes de aquellos que toleran con la acción o la omisión de sus actos.[29]

Fuera del sentido filosófico de la sentencia, es preciso diferenciarla del derecho de compensación que proviene del artículo 10 de la CADH, que asigna a toda persona el derecho a ser indemnizada conforme a la ley, en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial. Esta reparación es independiente de la que genera el proceso

29. Recordaba Cançado Trindade en su voto razonado del caso "Bulacio vs. Argentina" que "La *reparatio* no pone fin a lo ocurrido, a la violación de los derechos humanos. El mal ya se cometió; mediante la *reparatio* se evita que se agraven sus consecuencias (por la indiferencia del medio social, por la impunidad, por el olvido). Bajo este prisma, la *reparatio* se reviste de doble significado: provee satisfacción (como forma de reparación) a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, al mismo tiempo que restablece el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones, un orden jurídico erigido sobre el pleno respeto de los derechos inherentes a la persona humana. El orden jurídico, así restablecido, requiere la garantía de la no-repetición de los hechos lesivos". Corte IDH, caso "Bulacio vs. Argentina", 18/09/2003 (Fondo, Reparaciones y Costas).

debido proceso.indd 184 14/09/2018 03:29:57 p.m.

transnacional. La fuente es el error en el derecho interno, y promueve un derecho diferente al que asigna el procedimiento que analizamos.[30]

Las reparaciones son una parte de la sentencia, o pueden ser también la decisión independiente que satisface pretensiones distintas a las declarativas de responsabilidad. Las sentencias indemnizatorias observan el futuro; las otras, consideran el pasado. Mientras las primeras son esencialmente garantías patrimoniales, en el sentido de incorporar al individuo beneficiario un derecho creditorio de dinero o especie, moral o material, las que prescriben la culpa del Estado o eximen de ella expresan la conducta que se castiga y persiguen evitar la continuidad o su reiteración.

La división entre declaraciones y reparaciones fue producto de un tiempo que la Corte abandonó. En la actualidad, el artículo 66 reglamenta:

1. Cuando en la sentencia de fondo no se hubiere decidido específicamente sobre reparaciones y costas, la Corte fijará la oportunidad para su posterior decisión y determinará el procedimiento.
2. Si la Corte fuere informada de que las víctimas o sus representantes y el Estado demandado y, en su caso, el Estado demandante, han llegado a un acuerdo respecto al cumplimiento de la sentencia sobre el fondo, verificará que el acuerdo sea conforme con la Convención y dispondrá lo conducente.

El presupuesto está previsto en el artículo 63.1 de la CADH, que establece la obligación de la Corte para: a) garantizar a la víctima el goce de sus derechos; b) reparar las consecuencias de la medida o situación

30. "Es decir, la disposición que comentamos contempla el derecho a una indemnización, de acuerdo con la legislación nacional, en un supuesto muy preciso, que no incluye cualquier violación de la Convención; en ella no se ha previsto ni el restablecimiento del derecho conculcado ni algún tipo de reparación distinto de la indemnización; además, la intervención de los órganos del sistema interamericano sólo será posible si ese derecho al pago de una indemnización en caso de un error judicial que termine en una condena penal no sea debidamente observado por los órganos del Estado. De acuerdo con los términos de la Convención, una vez establecida la responsabilidad del Estado, este tiene la obligación primordial de 'reparar' las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de los derechos o libertades conculcados y, en segundo lugar, pagar una justa indemnización a la parte lesionada". Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 3ª edición, 2004, p. 373.

debido proceso.indd 185 14/09/2018 03:29:57 p.m.

que ha configurado la vulneración de esos derechos; c) el pago de una justa indemnización.

Ninguna parte de este artículo hace mención ni condiciona las disposiciones de la Corte a la eficacia de los instrumentos de reparación existentes en el derecho interno del Estado Parte responsable de la infracción, de manera que la norma no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia de este. Esto implica que la Corte, para fijar la indemnización correspondiente, debe fundarse en la Convención Americana y en los principios de Derecho internacional aplicables a la materia.[31]

Es el Estado el que debe hacer efectiva la reparación, y no se puede escudar en la responsabilidad federativa que torna sujeto denunciado al Estado, provincia o departamento donde la autoridad cometió el ilícito. El responsable es el Estado, tal como lo formula el artículo 28 (cláusula federal) de la CADH.

En general, por reparaciones se entiende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Las medidas de reparación tienen como objeto fundamental el proporcionar a la víctima y sus familiares la *restitutio in integrum* de los daños causados. Las reparaciones se clasifican en medidas de *satisfacción* e *indemnización*.

Con esta pauta, la Corte IDH ha tenido en cuenta tres (3) factores para determinar las medidas de bienestar: la *justicia*, la *no repetición* de los hechos y el *reconocimiento público de responsabilidad*. Estos tres factores, indi-

31. En efecto, "en su jurisprudencia la Corte ha establecido que el artículo 63.1 de la Convención, que dispone sobre la materia de reparaciones, refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. Tal como ha establecido el tribunal, la obligación de reparar se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el Derecho Internacional, y no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando para ello disposiciones o dificultades de su derecho interno. Por ello, al disponer las distintas medidas de reparación la Corte no se encuentra limitada por el derecho interno del Estado responsable. El precepto convencional faculta al tribunal a determinar las medidas que permitan reparar las consecuencias de la violación y regular todos sus aspectos". Corte IDH, caso "de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador", 09/09/2005 (Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas).

debido proceso.indd 186 14/09/2018 03:29:57 p.m.

vidualmente y combinados entre sí, contribuyen a la reparación integral por parte del Estado de la violación de sus obligaciones internacionales.[32]

Del punto anterior vemos que los supuestos b) y c) han permitido elaborar un progresivo incremento de formas de reparación moral y material. Se agregaron obligaciones de hacer y de omisión, que en líneas convergentes diseñan una posible modalización de las reparaciones, propias de un tipo de sentencias que, por su estructura y decisión, eluden quedar capturadas por la teoría del proceso, y en particular, de las formas y condiciones de las sentencias propiamente dichas.[33]

Sin existir una clasificación de las reparaciones, más que la generalidad de aspectos que pide considerar la Convención, la creatividad de la Corte, unida al dinamismo de la Comisión, han recreado al menos las siguientes formas indemnizatorias:

a. El restablecimiento como garantía de impedir el progreso, la continuidad o la repetición de violaciones generales o singulares que produce un Estado;
b. la compensación económica por la afectación de los derechos;
c. la restitución de los derechos en el plano del proyecto de vida;
d. las satisfacciones morales; y
e. la garantía de no repetición.

Es importante reiterar que los moldes de la reparación no son los del derecho interno sino los que tiene el derecho internacional. Las decisiones se expresan en equidad, prudencia y razón justa, aunque ponen en duda la procedencia de indemnizaciones a título de daño punitivo.

32. Ventura Robles, Manuel, "La Ejecución de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por Parte de los tribunales Nacionales", en *Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, IIDH, 2007, p. 34 y ss.

33. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional puede realizarse, siempre que sea posible, a través de la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación cometida. Si esto no es posible, como en efecto no lo es en la mayoría de los casos, cabe al tribunal internacional determinar las medidas conducentes a garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, disponer el pago de una indemnización en calidad de compensación por los daños ocasionados, y asegurar que no se repitan hechos lesivos. El derecho internacional regula todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) del deber de reparar, que no puede ser modificado o incumplido por el Estado invocando disposiciones de su derecho interno. Corte IDH, Caso "Vargas Areco vs. Paraguay", 26/09/2006.

debido proceso.indd 187 14/09/2018 03:29:57 p.m.

CONCLUSIONES

La entidad o importancia de la violación a derechos humanos supone un hecho de cierta gravedad que, por su propia naturaleza, implica el incumplimiento de determinados deberes de respeto y garantía de los derechos y libertades a cargo del Estado a favor de las personas.

La libertad para establecer las reparaciones no significa la inexistencia de límites para la ponderación. Hay veces en que el Estado demandado reconoce su responsabilidad y deja librado a la Corte el tipo de reparación. Surte efectos, en estos casos, el modelo de sentencias abiertas donde las modalidades son producto de la mejor interpretación posible para ajustar a la Convención las condenas que se deben ordenar.

Esta flexibilidad de normas y criterios no permite otorgar reparaciones ejemplificativas, aunque ellas se reclamen como garantía de la no repetición.

La idea de restituir que está implícita en la sentencia de reparaciones se simplifica en dos aspectos: o bien volviendo las cosas al estado previo a la lesión o bien fijando una indemnización compensatoria.

Asimismo, ha señalado el Tribunal Interamericano que el artículo 63.1 de la CADH distingue entre la conducta que el Estado responsable de una violación debe observar desde el momento de la sentencia de la Corte y las consecuencias de la actitud del mismo Estado en el pasado, es decir, mientras duró la violación. En cuanto al futuro, el artículo 63.1 dispone que se ha de garantizar al lesionado el goce del derecho o de la libertad conculcados. Respecto del tiempo pasado, esa prescripción faculta a la Corte a imponer una reparación por las consecuencias de la violación y una justa indemnización.[34]

Cuando la ejecución de una sentencia de la Corte IDH supone cambiar lo resuelto en la jurisdicción interna, lo que se debe hacer es cambiar el efecto de la cosa juzgada. El modelo declarativo no impide que sea el Estado y no los jueces quien disponga las medidas de reparación pertinentes, tal como se le pidió al Estado argentino en la resonada causa "Fontevecchia".

34. Corte IDH, caso "Aloeboetoe y otros vs. Suriname", 10/09/1993 (Reparaciones y Costas), Serie C, N° 15, párr. 46.

debido proceso.indd 188 14/09/2018 03:29:57 p.m.

Edición impresa en los talleres gráficos Primera Clase Impresores, California 1231,
Ciudad de Buenos Aires, Argentina. En el mes de septiembre de 2018.
Tirada 1000 ejemplares.