Índice general

Palabras introductorias del autor 9

Capítulo I: La ciencia del derecho procesal constitucional

1. Principios generales; 2. Contenidos básicos; 3. Autonomía científica; 4. Doctrina elemental; 5. Bases y fundamentos de la autonomía 11

Capítulo II: Principios del Derecho Procesal Constitucional

6. El artículo 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC); 7. El principio "pro homine"; 8. Optimización de los principios constitucionales; 9. Significado que tiene la justicia o jurisdicción constitucional; 10. El principio de la supremacía constitucional; 11. Obligación de seguir el precedente; 12. Obligación de administrar justicia constitucional; 13. Reglas de solución para la actividad judicial 33

Capítulo III: El acceso a la justicia

14. El derecho a ser oído; 15. El principio dispositivo del art. 4° LOGJCC; 16. Las cuestiones de representación; 17. Representación de los intereses colectivos y difusos; 18. La personalidad procesal y las nuevas categorías de intereses; 19. La protección constitucional de los derechos difusos 57

Capítulo IV: Principios del Proceso Constitucional

20. Introducción; 21. Debido proceso, 21.1 Nuevos principios, 21.2 El debido proceso en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); 22. Gratuidad de la justicia constitucional; 23. Autoridad del Juez en el proceso constitucional; 24. El principio de legalidad formal (informalidad condicionada); 25. Doble instancia y derecho al recurso; 26. La motivación de la sentencia, 26.1 Contenidos de la motivación, 26.2 La motivación como discurso 81

Capítulo V: Reglas del Proceso Constitucional

27. Principio de economía; 28. Principio de publicidad; 29. Iura novit curia; 30. Plazo razonable, 30.1 El tiempo y el proceso, 30.2 El principio de eventualidad, 30.3 El principio de concentración, 30.4 El principio de preclusión, 30.5 El principio de saneamiento, 30.6 El principio de adquisición, 30.7 Los plazos y términos para el ejercicio de la función jurisdiccional, 30.8 El impulso procesal y la inmediación 127

Capítulo VI: El control de convencionalidad

31. Concepto de convencionalidad; 32. Precisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); 33. Alcance del control de convencionalidad; 34. Obligación de acatamiento general; 35. Control de convencionalidad en Ecuador; 36. El régimen jerárquico de Ecuador para el control de convencionalidad, 36.1 Alcance hacia otros funcionarios, 36.2 Límites; 37. El objeto del control de convencionalidad; 38. Diferencias con el activismo judicial, 38.1 Compatibilidades, 38.2 Control difuso de convencionalidad 159

Palabras introductorias

La Constitución promulgada para Ecuador el 20 de octubre de 2008 modificó el funcionamiento del control de constitucionalidad que hasta entonces se venía ejerciendo. La introducción del control abstracto y el rol trascendente que se dio a la Corte Constitucional, trae consigo instituciones novedosas, que al reglamentarse con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, consolidó un auténtico sistema de derecho procesal constitucional.

Precisamente, el Título I de esta norma, en armonía con los artículos 10 y 11 de la Norma Básica del Estado, diseña principios para la justicia constitucional que son mucho más que orientaciones para el desempeño jurisdiccional.
Los principios procesales mentados en el artículo 4° se desarrollan en la obra con la idea de mostrar su aplicación dentro de una teoría general para el derecho procesal constitucional que explica su autonomía científica.

En definitiva, esta necesidad de singularizar el estudio de los principios de la justicia constitucional y de ver las particularidades que importan las reglas del proceso constitucional, obedecen a que no es posible usar los argumentos que la trilogía estructural del derecho procesal (jurisdicción, acción y proceso) posee.

Este es el objeto del ensayo que presentamos en este hermoso país que tan cálidamente nos recibe en cada visita.

Osvaldo A. Gozaíni

Capítulo I

La ciencia del derecho procesal constitucional

1. Principios generales

La ciencia procesal constitucional es una explosión cultural en el mundo jurídico y social porque ha permitido vincular de manera efectiva a dos elementos científicos que trabajaban en dimensiones distintas: el Proceso y la Constitución.

> Ya en la presentación de la *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional* se decía que […], en el año 2008 entró en vigencia la nueva Constitución de la República del Ecuador, en la que se introducen cambios sustanciales y definitivos en el reconocimiento de los derechos, su sistema de protección y en la estructura del Estado Ecuatoriano. Que, la Disposición Transitoria Primera de la Constitución establece la obligación de aprobar, en trescientos sesenta días, la ley que regule el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control constitucional. Que, es indispensable ajustar la normativa legal a las disposiciones constitucionales, para garantizar la vigencia de los derechos humanos y de la naturaleza y la supremacía constitucional. Que, para el logro de tal objetivo se requiere de una nueva ley que promueva el fortalecimiento de la justicia constitucional y el proceso de constitucionalización del sistema jurídico, político y social, para que todas las prácticas institucionales y no institucionales se ajusten material y formalmente a las exigencias que se desprenden del texto constitucional. Que, la justicia constitucional es una herramienta efi-

caz e idónea para hacer realidad las exigencias del texto constitucional, para asegurar la vigencia del principio democrático y para controlar eficazmente la actividad de los poderes públicos y de los particulares. Que, la Constitución y los tratados internacionales, en particular la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen que el fin del Estado y de la organización social es el goce de los derechos de los seres humanos y de la naturaleza y que, para tal efecto, deben existir recursos sencillos y rápidos ante los jueces o tribunales competentes que les permitan amparar a los seres humanos y a la naturaleza frente a actos u omisiones que amenacen o violen sus derechos, y adoptar las medidas pertinentes para asegurar la reparación integral derivada de vías de hecho que vulneran dichos derechos; de igual modo, es indispensable que exista un procedimiento cautelar, expedito y eficaz que faculte a los órganos jurisdiccionales para dictar medidas urgentes en aquellos casos en que se amenace de modo inminente y grave un derecho, y de esta manera brinde protección oportuna y se eviten daños irreversibles. Que, se requiere de una normativa que asegure que toda disposición jurídica sea susceptible de control judicial constitucional, que proporcione al Juez herramientas conceptuales, técnicas y prácticas, y pautas concretas y específicas para examinar la constitucionalidad material y formal del proceso de producción normativa, y que promueva la participación popular dentro de dichos procesos. Que, se requiere asegurar que todos los jueces resuelvan todos los asuntos sometidos a su conocimiento desde una perspectiva constitucional y con sujeción a las normas constitucionales, y que la Corte Constitucional lidere este proceso de constitucionalización de la justicia. Que, se debe regular la estructura y las competencias de la Corte Constitucional, que garantice su independencia, legitimidad y eficiencia […].

La puesta en funcionamiento de tribunales y cortes constitucionales originó una plataforma de conflicto desigual a la que tienen las controversias entre particulares, obligando así a resolver la eficacia de los modelos proce-

sales que debían asegurar la solvencia de las garantías judiciales.

Con esta inteligencia Europa se ocupó de estudiar particularmente los límites y poderes de los Tribunales Constitucionales; mientras que en América, al estar radicado en la función judicial la órbita del control de constitucionalidad, el quid a desentrañar consiste en saber cuánto puede hacer el Juez del control difuso cuando tiene que poner en marcha su deber de afianzar la Constitución y hacer justicia en el caso concreto; frente a la potestad del Tribunal concentrado en una única actividad de aplicar la ley y resolver si ella es o no constitucional.

El segmentar la tarea del Juez constitucional de acuerdo con los poderes que cada sistema le asigna probablemente sea equivocado, porque en definitiva, ambos tienen la misión de equilibrar las tensiones entre los fines constitucionales y la justicia del caso.

Zagrebelsky sostiene que no tiene el Tribunal Constitucional una misión política, sino social, porque tiene que ser colocada en la línea de tensión entre las exigencias "objetivas" del gobierno (del cual el derecho objetivo es la manifestación formal) y las exigencias subjetivas de tutela de las propias expectativas concretas.
Esta idea se distancia de la tradicional polaridad que generó la creación de los Tribunales Constitucionales, donde el conocido ensayo de Hans Kelsen (*La garantía jurisdiccional de la Constitución*, 1928) sustentó que el mejor sistema para evitar la desconfianza en los jueces tradicionales era la creación de un tribunal neutro, pero específico en la misión de controlar la constitucionalidad de las leyes; tesis contra la que reaccionó Carl Schmitt (*El custodio de la Constitución*, 1931) alegando que de este modo se politizaba la justicia y se convertía al Juez en legislador.

Es decir, en uno y otro sistema no se trata de señalar los opuestos. Mientras en el *sistema de control difuso* se actúa en la soledad del problema contingente y propio que resuelve la fiscalización constitucional en el límite subjetivo (entre partes) de la cosa juzgada; en el *sistema concentrado* la regla es la abstracción y la generalidad del pronunciamiento porque interesa el principio de legalidad antes que la justicia del caso concreto.

En ese dualismo polarizado entre dos lecturas que llegan desde las concepciones distintas que se tienen para realizar el control de constitucionalidad, se derivan imprecisiones y enfrentamientos estériles que ningún favor le hacen a la ciencia que abordamos.

En efecto, considerar que el Juez del sistema americano atiende la justicia objetiva del caso concreto; como creer que el tribunal concentrado del sistema europeo resuelve haciendo abstracción de la causa, son caminos confusos que demuestran la inconsistencia de las respuestas que se toman desde una u otra posición.

En efecto, ninguna es precisa porque, en el primer espacio se pierde solidez dogmática al encontrar diversidades en el sistema de control de constitucionalidad que tienen los países latinoamericanos, que hace diferentes los sistemas de regulación procesal de los procesos y una lectura distinta en cada una de las garantías de la jurisdicción; en cambio, en el segundo, no se advierte ni considera que hay mecanismos trasnacionales que convierten en constitucionales una multiplicidad de procesos que en el orden interno no son atendidos por los Tribunales Constitucionales; como tampoco se analiza que estas magistraturas especiales no trabajan aisladas del contexto ni son insensibles al padecimiento humano: todo lo contrario, aunque se pueda poner en duda el carácter puro de la jurisdicción que

ejercen, no existe temor alguno para afirmar que la resolución se aplica también a un juicio entre partes.

Las alternancias en la interpretación pueden hacer creer que solamente los que poseen Tribunales Constitucionales tienen una jurisdicción especial y un derecho procesal constitucional; así como sucede que, quienes estudian la disciplina desde los sucesos del control difuso, son proclives al error de buscar el derecho procesal constitucional en los pilares de una ciencia u otra (es decir, del derecho procesal o del derecho constitucional), cuando en realidad, no es rama ni proyección de ninguna de ellas, sino un caso más del derecho público.

En síntesis: el punto de partida para reconocer la disciplina comienza con el esclarecimiento de los contenidos. Se puede preferir una versión mínima que se ocupe de la magistratura y los procesos constitucionales y explicar así el desarrollo de los modelos para el control de constitucionalidad de las leyes; o ampliar el espectro y abarcar las garantías contenidas en las cartas fundamentales, los procesos que al efecto se diseñan, y los órganos encargados para encausar tales objetivos, sin necesidad de acotar la visión a los tribunales constitucionales.

En esta línea es muy importante la aparición de los llamados derechos de la tercera generación, pues implantan un principio de cooperación colectivo, que implica una renovación en la típica protección a los derechos individuales, afectando principios tradicionales del proceso judicial como son la bilateralidad del contradictorio, la legitimación para obrar y, especialmente, el alcance de la cosa juzgada.

Por eso los procesos colectivos son procesos constitucionales, en esencia, y deben estudiarse dentro de la disciplina.

2. Contenidos básicos

Si el punto de partida de la ciencia es el control de constitucionalidad y los modelos que se aplican, las dos cuestiones principales de estudio son: *a)* la magistratura constitucional; *b)* el sistema procesal específico.

El primer aspecto no tiene simetrías, porque el patrón jurisdiccional concentrado piensa que el mejor modelo para llevar a cabo esa tarea de fiscalización de la supremacía constitucional debe estar en un solo órgano de justicia; mientras que el control difuso acepta y permite que esa función la concreten, con pocas limitaciones, todos los jueces que actúan en conflictos constitucionales.

En consecuencia, el segundo problema es más importante por la variedad de situaciones que debe afrontar. El esquema procesal no es otra cosa que el proceso constitucional con sus reglas y principios, y como no existe un programa común predispuesto de manera general, los puntos de análisis se abren a varias situaciones: *1)* los poderes del Juez constitucional; *2)* la legitimación para actuar; *3)* los contenidos de la sentencia constitucional; *4)* los alcances y efectos de la cosa juzgada, entre otros.

Ahora bien, estas diferencias de sistemas no pueden alimentar la creación de procesos constitucionales distintos porque esencialmente tienen como destino iguales funciones. Vale decir que el proceso de amparo, hábeas corpus, protección de datos personales, acción de cumplimiento, hábeas data, acceso a la información pública; acciones colectivas, recursos de inconstitucionalidad, etc., tal como cada uno se conoce en el derecho comparado, debieran armonizar sus dimensiones con el fin de evitar interpretaciones disímiles (reglas del debido proceso), aunque sea lógico que el estudio

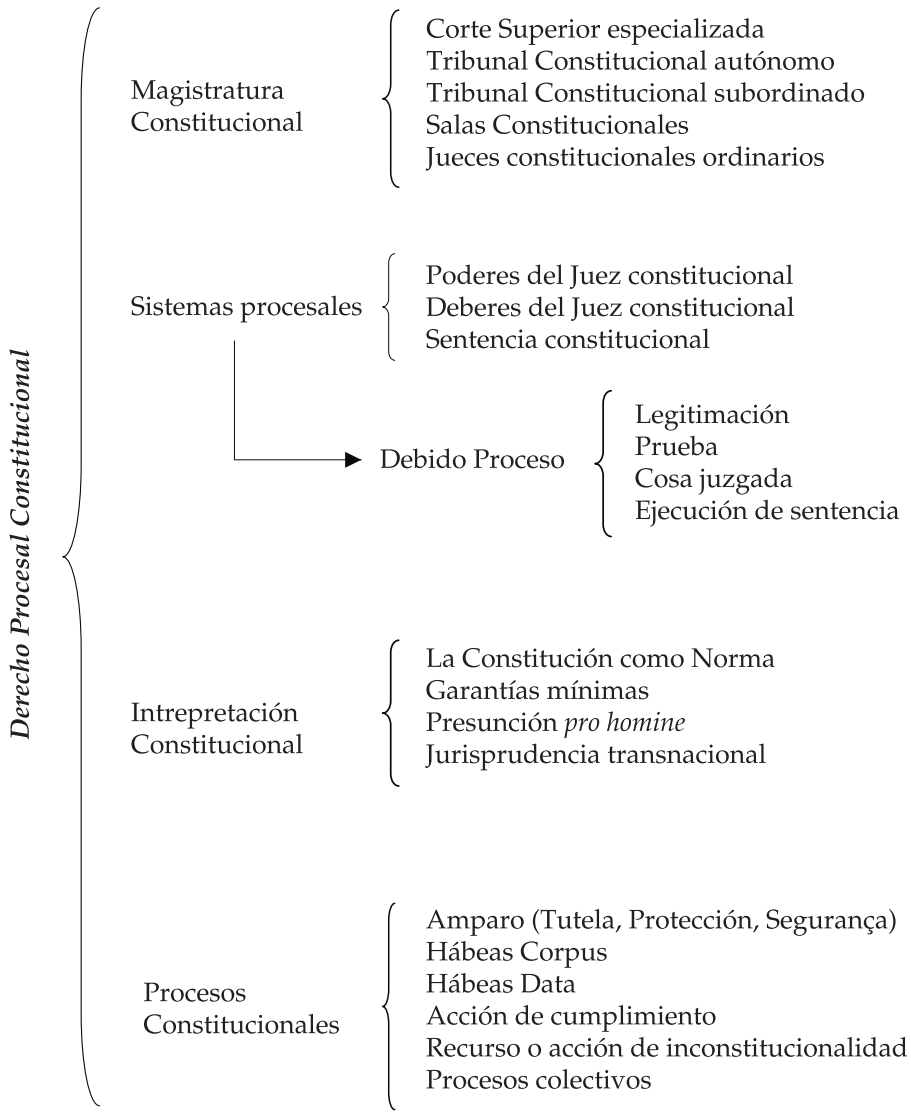
comparado permita observar cada uno con la perspectiva de sus reglas complementarias (v.gr.: un recurso solitario de inconstitucionalidad puede ser la última herramienta a utilizar contra una ley que se ataca en vías anteriores, sean éstas concurrentes o paralelas).

Es decir, uno de los puntos cruciales a presentar es el debido proceso constitucional, como una pauta común para todo tipo de procesos y una regla especial para los conflictos constitucionales.

En este sentido el derecho procesal constitucional se ocupa de: *1)* el acceso a la justicia*; 2)* los principios de bilateralidad y contradicción; *3)* la carga de la prueba; *4)* la fundamentación de las resoluciones judiciales; *5)* la ejecución de la sentencia.

Y finalmente, como dicha interpretación o lectura de las normas fundamentales tiene guías o pautas superiores, aparece el llamado *derecho procesal transnacional* que establece desde jurisdicciones axiológicas como son la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una suerte de jurisprudencia vinculante que tiende unificar las reglas de interpretación cuando se trata de resolver sobre derechos de las personas.

Un cuadro podría simplificar los contenidos a desarrollar:



El art. 66 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece en buena medida este resumen, al sostener que […] La Corte Constitucional deberá respetar los siguientes principios y reglas:

1. *Interculturalidad*.- El procedimiento garantizará la comprensión intercultural de los hechos y una interpretación intercultural de las normas aplicables a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural. Para el entendimiento intercultural, la Corte deberá recabar toda la información necesaria sobre el conflicto resuelto por las autoridades indígenas.

2. *Pluralismo jurídico*.- El Estado ecuatoriano reconoce, protege y garantiza la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de las nacionalidades, pueblos indígenas y comunidades de conformidad con el carácter plurinacional, pluriétnico y pluricultural del Estado.

3. *Autonomía*.- Las autoridades de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas, gozarán de un máximo de autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con su derecho indígena propio. No obstante el reconocimiento de un máximo de autonomía, tiene los límites establecidos por la Constitución vigente, los instrumentos internacionales de derechos de los pueblos indígenas y esta ley.

4. *Debido proceso*.- La observancia de las normas, usos y costumbres, y procedimientos que hacen parte del derecho propio de la nacionalidad, pueblo o comunidad indígena constituyen el entendimiento intercultural del principio constitucional del debido proceso.

5. *Oralidad*.- En todo momento del procedimiento, cuando intervengan las personas, grupos o autoridades indígenas, se respetará la oralidad y se contará con traductores de ser necesario. La acción podrá ser presentada en castellano o en el idioma de la nacionalidad o pueblo al que pertenezca la persona. Cuando se la reduzca a escrito, deberá constar en la lengua propia de la persona o grupos de personas y será traducida al castellano.

6. *Legitimación activa*.- Cualquier persona o grupo de personas podrá presentar esta acción. Cuando intervenga una persona a nombre de la comunidad, deberá demostrar la calidad en la que comparece.

7. *Acción*.- La persona o grupo planteará su acción verbalmente o por escrito y manifestará las razones por las que se acude al tribunal y las violaciones a los derechos que supuestamente se han producido. Esta solicitud será reducida a escrito por el personal de la Corte dentro del término de veinte días.

8. *Calificación*.- Inmediatamente la sala de admisiones deberá comunicar si se acepta a trámite y las razones que justifican su decisión. Se sentará un acta sobre la calificación.

9. *Notificación*.- De aceptarse a trámite, la Jueza o Juez ponente de la Corte designado mediante sorteo, señalará día y hora para la audiencia y hará llamar a la autoridad o autoridades indígenas que tomaron la decisión o podrá acudir a la comunidad, de estimarse necesario.

10. *Audiencia*.- La autoridad o autoridades serán escuchadas al igual que las personas que presentaron la acción por el Pleno de la Corte. La audiencia deberá ser grabada. De considerarse necesario, se escuchará a la persona o personas que fueron contraparte en el proceso del cual se revisa la sentencia.

11. *Opinión técnica*.- La Jueza o Juez ponente podrá solicitar la opinión técnica de una persona experta en temas relacionados con justicia indígena y recibir opiniones de organizaciones especializadas en estos temas.

12. *Proyecto de sentencia*.- La Jueza o Juez ponente presentará el proyecto de sentencia del Pleno para su conocimiento y resolución. La sentencia puede ser modulada para armonizar los derechos constitucionalmente garantizados y los derechos propios de la comunidad, pueblo o nacionalidad.

13. *Notificación de la sentencia*.- La sentencia sobre constitucionalidad de las decisiones indígenas deberá ser transmitida de forma oral y motivadamente en la comunidad, ante la presencia de al menos los accionantes y la autoridad indígena, a través del ponente o su delegado. La sentencia deberá ser reducida a escrito, en castellano y en la lengua propia de la persona o grupo de personas.

14. *Violación de derechos de las mujeres*.- Las Juezas o jueces deberán impedir que en sentencias de justicia indígena se alegue la costumbre, la interculturalidad o el pluralismo jurídico para violar los derechos humanos o de participación de las mujeres.

3. Autonomía científica

No hay aún coincidencia doctrinaria para sostener la autonomía como ciencia del derecho procesal constitucional. Algunos lo derivan del derecho procesal y otros del derecho constitucional, por eso los enunciados de *derecho procesal constitucional* y *derecho constitucional procesal*.

> Rubén Hernández Valle sostiene que "en el proceso constitucional se tutelan dos bienes jurídicos diferentes: los derechos fundamentales de los ciudadanos y el principio de la supremacía constitucional. De ahí que existan diversos tipos de procesos, los cuales responden a necesidades diferentes, pues los intereses en juego son también distintos. Esta realidad propia del proceso constitucional condiciona lógicamente el contenido del derecho procesal constitucional, lo cual implica que numerosas instituciones del Derecho Procesal clásico tienen que adaptarse y hasta transformarse radicalmente para satisfacer los dos bienes jurídicos tutelados por esta nueva rama jurídico procesal"[1].

1. Hernández Valle, Rubén, *Derecho Procesal Constitucional,* editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1995, pp. 35/36.

Esta deducción desde el derecho procesal también se postula por Domingo García Belaunde, quien tras un prolijo y meditado estudio indica que la disciplina es una rama del derecho procesal, que participa de su carácter como derecho público donde el proceso, como garantía, es uno solo y, por lo tanto, es como el tronco de un árbol del que salen varias ramas con singularidades propias[2].

En esta línea se define al *proceso como género con procedimientos constitucionales que tienen configuraciones particulares*. A su vez los poderes del Juez se enlazan con las potestades de la jurisdicción en materia de control de constitucionalidad, de manera que pueden encontrarse diferencias no ya entre modelos como sí entre ordenamientos.

> Dice Lucio Pegoraro que ésta distinción es correcta para avanzar en la actualidad, y ello debido no sólo a que todos los ordenamientos se sirven de más procedimientos para dar justicia constitucional, sino también a que los Tribunales instituidos ad hoc, y en muchos casos los tribunales superiores de justicia o sus secciones especializadas se han ido invistiendo de ulteriores funciones, que los configuran de forma bastante diversa a como eran con anterioridad, lo que los coloca posteriormente en una peculiar posición integradora en el contexto de las formas de Estado y de gobierno.

La posición refleja, con algunos matices, la enseñanza editada en el año 1955 por Mauro Cappelletti, que realizó una labor de derecho comparado que publica con el título de "*Jurisdicción constitucional de la libertad*".

Precisa allí los contenidos de la "justicia o jurisdicción constitucional", ampliando el reducto del control de constitucionalidad de las leyes. Su interés queda expuesto en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, *writ of error* y otros similares destinados a resolver la tutela constitucional de los derechos humanos.

> Cappelletti dio un enfoque diferente, novedoso, a los estudios sobre la justicia constitucional. Él sostenía que no toda la ciencia era puro control de constitucionalidad, porqué existían proyecciones importantes en otras instituciones, tales como las actuaciones del Tribunal constitucional federal de Alemania cuando atiende la legalidad constitucional de los partidos políticos, el juicio sobre las acusaciones del *Bundestag* o del *Bundesrat* contra el *Bundespräsident*, etc. O bien, de la Corte constitucional italiana, respecto a sus poderes para resolver conflictos de atribución de competencias, o interadministrativos o entre regiones o provincias, etc. La posibilidad de constituirse en órgano de decisión en el juicio político contra funcionarios estatales. "Todas estas manifestaciones –decía Cappelletti– se pueden reducir ciertamente a una unidad al menos bajo su aspecto funcional: la función de la tutela y actuación judicial de los preceptos de la suprema ley constitucional". El punto más importante, quizá, se encuentra en la dimensión transnacional que le avizora a los estudios, dando por cierto la influencia que tiene la justicia constitucional como fenómeno que trasciende fronteras, estableciendo una especie de nueva ley superior de tipo "comunitaria" que, como tal, pone un techo diferente al reconocido en las soberanías territoriales.

Con otra perspectiva pero sin antinomia, están quienes deducen la ciencia desde el *derecho constitucional.*

No lo hacen de manera directa sino escondida tras el manto de otras denominaciones como *Justicia Constitucional* o *Jurisdicción Constitucional.* Es el pensamiento que llega desde Europa, dominado en focalizar el procesal constitucional en la actividad de los tribunales constitucionales.

2. García Belaunde, Domingo, *El derecho procesal constitucional y su configuración jurídica*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional –Proceso y Constitución–, nº 2, julio/diciembre 2004, editorial Porrúa, México, p. 48.

Un ilustre procesalista como José Almagro Nosete afirma que

> "el fundador del derecho procesal constitucional fue, sin duda, el jurista vienés Hans Kelsen, inspirador de la regulación en la Constitución austriaca de 1920 de una jurisdicción especial cuyo fin específico era la resolución de procesos exclusivamente constitucionales. La vigencia de la Constitución, en efecto, se traduce principalmente en la adecuación a ésta de las leyes que la desarrollan. Si las leyes incurren en contradicción o discordancia con los preceptos constitucionales, se incumplen los mandatos primarios de la ley suprema y se incurre en inconstitucionalidad. El desorden jurídico que, en cadena, puede originar la multiplicidad de los actos jurídicos, sujetos a la observancia de la ley inconstitucional, aconseja la institución de órganos y medios específicos remediadores de la injusticia"[3].

Por otra parte, como ha puesto de relieve Zagrebelsky, la justicia constitucional está, en efecto, constituida por los procedimientos de aplicación de la Constitución para la resolución de los casos controvertidos, aunque no se agota solamente en esto. Ella comprende también la teoría de la Constitución como norma sustancial. De esta forma la justicia constitucional debe ser concebida no como una suma de estos dos elementos, sino más bien como la unión de ambos, porque cada concepción de la Constitución lleva en sí misma una concretización del procedimiento, así como cada concepción del procedimiento implica una concepción de la Constitución. No existe un *prius* ni un *posterius,* sino una recíproca implicación. Por consiguiente, el término justicia constitucional es muy lato para explicar la materia en estudio, siendo preferible integrarlo a dos nociones más como son la jurisdicción constitucional, o la magistratura encargada de ejercer en los procesos constitucionales; y el derecho procesal constitucional que serían los procedimientos tutelares de las garantías y del principio de la supremacía constitucional.

3. Almagro Nosete, José, *Constitución y Proceso,* editorial Bosch, Barcelona, 1984, pp. 157/8.

Una posición intermedia postula el maestro Héctor Fix Zamudio al mencionar que

> "la imprecisión que se advierte en esta materia se debe a la estrecha vinculación entre el derecho constitucional por una parte, y el procesal por la otra, y aun cuando los autores antes señalados niegan expresa e implícitamente que existan dos disciplinas, una del campo procesal y otra del constitucional, aun cuando se encuentren en una situación de confluencia, lo cierto es que la única forma de delimitar ambas materias, es la consideración de que pueden configurarse dos materias en estudio, una que podemos calificar como *derecho procesal constitucional* en sentido estricto, y la otra *derecho constitucional procesal…*[…]. El primero tiene como objeto esencial el análisis de las garantías constitucionales en sentido actual, es decir, los instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder. De distinta manera el que se puede calificar como *derecho constitucional procesal*, examina las instituciones procesales desde el ángulo y las perspectivas del derecho constitucional, debido a que las Constituciones contemporáneas, especialmente las surgidas en esta segunda posguerra, han elevado a la jerarquía de normas fundamentales a varias instituciones de carácter procesal, y si bien es verdad que con anterioridad, algunas de ellas ya figuraban en las Cartas constitucionales clásicas, lo eran en forma aislada, en tanto que en la actualidad existe la conciencia de otorgar rango constitucional a las categorías procesales de mayor importancia"[4].

En Argentina acompaña el temperamento Néstor Pedro Sagüés, quien agrega que

> "el derecho constitucional procesal es un sector del derecho constitucional que se ocupa de algunas instituciones procesa-

4. Fix Zamudio, Héctor, *Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del derecho procesal constitucional*, passim. Tomado de la obra colectiva *Derecho Procesal Constitucional*, tomo I (coordinada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor), 2ª edición, editorial Porrúa, México, 1993, pp. 269 y ss.

> les reputadas fundamentales por el constituyente «formal o informal». Entre estas cuestiones pueden mencionarse, por ejemplo, ciertas garantías de una recta administración de justicia…[…]. En cambio, el derecho procesal constitucional es una rama del mundo jurídico que se sitúa en el derecho procesal, y atiende a los dispositivos «obviamente jurídicos» procesales destinados a asegurar la supremacía constitucional. El derecho procesal constitucional es, principalmente, el derecho de la jurisdicción constitucional, y tiene dos áreas claves: la magistratura constitucional y los procesos constitucionales"[5].

4. Doctrina elemental

La vacilación en ubicar el derecho procesal constitucional en un campo particular de la ciencia no tiene demasiada importancia, a no ser que se persiga autonomía plena tal como nosotros postulamos.

La perspectiva continental europea, especialmente en Italia, España y en menor medida en Alemania, remiten la enseñanza de lo procesal constitucional al campo de ésta última disciplina, considerando que los tribunales constitucionales han creado la necesidad de explicar el desenvolvimiento de una justicia especial que denominan "jurisdicción constitucional". La preferencia está en la descripción del sistema y la exégesis normativa. En cambio, hay una mirada distinta que pretende ubicar al derecho procesal constitucional en el campo de la teoría general del proceso, desde el cual se analiza antes que la naturaleza del conflicto privado entre partes, las consecuencias de derecho público que emergen en los conflictos constitucionales. Con esta base se emplaza lo procesal constitucional como derecho público, donde las garantías del proceso son sustanciales y nunca adjetivas. Es decir, constituyendo al *proceso*

5. Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional - Recurso Extraordinario*, tomo I, 3ª edición, editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 4/5.

constitucional en un conjunto de reglas y principios comunes (debido proceso) desde el cual se pueden proyectar *procedimientos constitucionales* especiales como el amparo, hábeas corpus, hábeas data, etc.

En síntesis, el desacuerdo sobre el área donde prevalece el estudio de la disciplina tiene tres posiciones diferentes:

a) La primera deduce que el análisis del derecho procesal constitucional compete principalmente al *derecho constitucional*, ya que de éste emerge la temática basal sobre la que versan "procesos" y "conflictos" constitucionales, e incluso que de él surgen los trámites procedimentales del caso (v.gr.: hábeas corpus, amparo, acción de inconstitucionalidad, etc.).

b) En segundo término se ubica a la disciplina como un capítulo del derecho procesal. La variación está en los contenidos que se adscriben. Por ejemplo, González Pérez sostiene que el derecho procesal constitucional se ocupa del conjunto normativo que regula el Tribunal Constitucional y los procesos que el mismo conoce. Es una rama netamente procesal, cuya naturaleza no ofrece distintos problemas que los del derecho procesal en general. Sin embargo, a pesar de la seriedad de las reflexiones, es difícil compartirlas, pues la materia procesal constitucional no puede identificarse únicamente con la presencia de un tribunal constitucional. Con sólo observar un sistema de control de constitucionalidad diferente, basta para encontrar las dificultades de encuadre.

Otros, en esta misma línea, opinan que las garantías constitucionales son instrumentos procesales y por ello forman parte del derecho adjetivo.

Esta relación entre normas es importante, pero no definitiva para establecer una determinada adscripción científica.

c) La tercera es una posición ecléctica. En general, responde a una fórmula transaccional que reconoce elementos constitucionales y procesales, sin que uno avasalle, supere o aprisione al otro. Se parte del supuesto de que la ciencia no se encuentra suficientemente elaborada de forma tal que el emplazamiento definitivo en una dimensión de plena autonomía, es un riesgo que por ahora no se debe correr.

5. Bases y fundamentos de la autonomía

Nosotros creemos en la *autonomía*, sin pensar si ella es producto de una eventual delegación normativa, o consecuencia de la pérdida que sufre algún sector de la ciencia procesal o constitucional.

La mirada desde el derecho constitucional pone el acento en la organización judicial y en el derecho a la jurisdicción. Se ocupa, asimismo, de los poderes del Juez constitucional y de las garantías, lo que nos vuelve a la dimensión del proceso como única garantía.

> Gelsi Bidart fue el primero en señalar que ninguna garantía es eficaz ni adecuada sino tiene una vía útil para concretar la protección que se dispensa en las Normas Fundamentales. De este modo, la garantía de las garantías es el proceso, y en definitiva, se observa al proceso como la "única garantía". "La garantía culturalmente más avanzada, para el caso de que los involucrados no puedan llegar, por sí mismos, a la efectiva aplicación del derecho, es el proceso, que convoca a todos los comprometidos en el problema para que, en igualdad de condiciones y bajo la dirección de una autoridad imparcial y técnica, lleguen a una solución de acuerdo o impuesta por aquélla"[6].

Si el foco se dirige hacia el derecho procesal, y se ilumina la base teórica general (jurisdicción, acción y proceso) observamos distancias significativas que dificultan asumir al proceso constitucional como una modalidad o tipo especial de procedimiento. Además, si tenemos en cuenta que las reglas del debido proceso cuadran en el contenido del derecho procesal constitucional, podremos ratificar la autonomía que se predica.

Pero la observación dogmática no sirve si no la apoyamos con la legislación imperante y la realidad fáctica donde se inserta, convirtiendo el trialismo de la teoría, la norma y la praxis, en una necesidad ineludible para demostrar dicha conclusión.

En efecto, la ciencia procesal en el pensamiento de Carnelutti era un gran tronco del que se desprendían ramas disciplinadas. La unión se daba con la teoría del proceso (el tronco), y las ramas (administrativo, comercial, laboral, familiar, constitucional, etc.) podían tener particularidades pero sin generar con su corte un fruto nuevo. Son derivaciones y nunca semillas.

La teoría general del proceso acepta contener tres preocupaciones esenciales: *la jurisdicción*, que significa atender el rol del Juez en el proceso, las garantías judiciales que debe impartir desde su magisterio, la organización jurídica de un país o de una región, y los deberes que supone el ejercicio de la función jurisdiccional. *La acción*, es el terreno del acceso a la justicia; allí anidan las preocupaciones del que pide y reclama, donde se atienden situaciones como las condiciones y presupuestos de la demanda, los requisitos para ser parte en un litigio, la defensa técnica en el proceso, la igualación económica con el carente de recursos, etc. Finalmente *el proceso*, o el conjunto de reglas para recorrer el laberinto de las formas procesales, principios que deben cubrirse, deberes y derechos de las partes en orden a la

6. Gelsi Bidart, Adolfo, *De derechos, deberes y garantías del hombre común*, editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1986, pp. 45 y ss.

producción probatoria, intervención de terceros, y muchos aspectos más que se relacionan también con temas constitucionales (v.gr.: defensa en juicio, sentencia fundada, derecho a la verdad, plazos razonables en el trámite, nulidades por dilaciones indebidas, doble instancia, libertad personal, etc.).

Cada uno de estos aspectos demuestra que el tratamiento del proceso constitucional y de la función jurisdiccional que en ellos se cumple, es muy distinto al que se desempeña en un juicio ordinario.

La jurisdicción tiene pilares comunes en la independencia e imparcialidad; y así como suele decirse que en las controversias entre litigantes es más importante fallar con imparcialidad antes que cuestionar la eventual dependencia o influencia de otros poderes; en los conflictos constitucionales trasciende la independencia porque no es posible pensar en una sentencia imparcial si el tribunal no es autónomo y distante del poder de gestión.

Cuando se analiza *la acción* nos instalamos en los presupuestos de entrada al proceso. En la teoría general del proceso la legitimación en la causa supone solicitar al que pide una suerte de acreditación de la personalidad y del interés que reclama. Es una antesala donde se debate el acceso al tribunal y donde se puede postergar *sine die* la decisión de tener un Juez que entienda en la causa. No son cuestiones de competencia, sino de representación del derecho subjetivo y de la afectación que sufre el que pretende.

La expansión del interés en la causa (derechos difusos, intereses colectivos, derechos de masas, acciones de grupo, etc.) ha flexibilizado el cuadro de exigencias rituales, pero el modelo procesal (de trámite, propiamente dicho) no ha tenido cambios; de modo tal que los procesos constitucionales se debaten

aún con este resabio incongruente que solo atiende los problemas del afectado conocido y con un daño directo e inmediato, sin remediar ni dar soluciones a los conflictos globales.

Esta característica agrega un elemento más para ponderar porqué, cuando el tema de la acción se lo estudia desde el derecho procesal constitucional, tiene respuestas diferentes a las tradicionales del proceso civil.

En orden a la defensa técnica, la teoría general se conforma con la asistencia letrada de la parte, mientras que en lo constitucional se acompaña con un deber de cooperación entre partes para encontrar una solución justa y adecuada al conflicto. No hay estrictamente una lucha entre partes, porque la bilateralidad se atenúa con el rol social que tiene el Juez o tribunal que se desenvuelve ante una controversia constitucional.

Finalmente, *el proceso,* o la regla técnica para debatir. La teoría general sostiene el principio de contradicción permanente, el que afirma debe probar, congruencia entre lo pedido y lo que se resuelve, no hay juicio sin actor, no puede el Juez promover de oficio una causa, la sentencia alcanza solamente a quienes son partes litigantes, la cosa juzgada excepcionalmente afecta a terceros, derecho al recurso, agotamiento de todas las instancias posibles, ejecución a instancia del interesado, etc. etc.

Todos estos principios no tienen plena adecuación en el proceso constitucional.

En efecto, la premisa es diferente a la que señala la dogmática porque un proceso constitucional se resuelve protegiendo los derechos del hombre de las amenazas o agresiones directas o indirectas que el Estado o los particulares generan a través de sus actos.

Si el foco a resolver queda centrado en las alegaciones de las partes, únicamente, la función constitucional del Juez del sistema difuso, quedaría eludida por la probabilidad –que la jurisprudencia comprueba– de asignar al proceso las mismas reglas técnicas del proceso ordinario. Con lo cual, será más fácil rechazar sin más trámite, que introducirse en la cuestión fáctica y jurídica y analizar si existe o no violación constitucional.

Capítulo II

Principios del derecho procesal constitucional

6. El artículo 2° de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC)

Sostiene el artículo 2 que da pie al título de este párrafo, lo siguiente […]

> *Principios de la justicia constitucional*.- Además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta los siguientes principios generales para resolver las causas que se sometan a su conocimiento:
> 1. *Principio de aplicación más favorable a los derechos*.- Si hay varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, se debe elegir la que más proteja los derechos de la persona.
> 2. *Optimización de los principios constitucionales*.- La creación, interpretación y aplicación del derecho deberá orientarse hacia el cumplimiento y optimización de los principios constitucionales.
> 3. *Obligatoriedad del precedente constitucional*.- Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.
> 4. *Obligatoriedad de administrar justicia constitucional*.- No se puede suspender ni denegar la administración de justicia por

contradicciones entre normas, oscuridad o falta de norma jurídica.

Los principios a los que la Constitución refiere se encuentran en los artículos 10 y 11, donde se garantiza el derecho de peticionar ante las autoridades, que no descansa en el remedio de escuchar lo que se pide porque, además de la prerrogativa fundamental que tiene toda persona para ser oído, se necesita integrar la garantía con el deber de respuesta.

Algunas legislaciones han ensayado un esquema teórico distinto, separando el derecho de petición (como simple ejercitación del derecho de pedir) de la práctica plena de promover una demanda ante la jurisdicción. De este modo, se clasifican las peticiones según la naturaleza que lleven y al órgano frente al que se presentan. Habría así, acciones populares que obligan al obrar jurisdiccional; quejas que derivan en la actuación administrativa; recursos distintos que originan el desempeño procedimental; iniciativas ciudadanas o propuestas populares que tienen como fin la producción legislativa ordinaria; y cada una a su vez, promueve un procedimiento, una instancia, donde la respuesta puede, inclusive, formalizarse a través del silencio.

Otros, en cambio, crean diferencias entre el derecho de petición y el derecho a la jurisdicción, interpretando que el primero queda satisfecho con la permisión de entrada al proceso, pero como esto no es esencial para la garantía, lo verdaderamente importante está en el modelo de la jurisdicción.

De este modo, la distancia a cubrir entre modelos de jurisdicción o justicias de competencia múltiple respecto a los que dividen prolijamente la cobertura de materias a ocupar, es significativa por la diversidad de intereses en juego.

Lo cierto es que, cualquiera sea la explicación formal que se ofrezca, la mirada tiene que dirigirse al resultado que tiene

quien necesita ejercer el derecho de petición, porque como se dijo al comienzo, una pretensión que se escucha y queda sin resolver, provoca desconcierto e injusticia, más allá de la violación por desconocimiento a una garantía fundamental.

Por eso, el tema del acceso a la justicia, y particularmente de la acción procesal, es un contenido del derecho procesal constitucional. No se trata de propiciar esquemas estériles que socaven el derecho de pedir ante los jueces (como es la legitimación procesal activa y pasiva), ni de auspiciar una entrada masiva de reclamos que pueden ser inconsistentes o manifiestamente improponibles. La acción es una garantía formal; una facultad que contrae con su ejercicio un deber de respuesta jurisdiccional, porque de otro modo, no habrá ejercicio efectivo del derecho a un recurso (vía judicial idónea) simple y eficaz.

En definitiva, la acción –repetimos– es un contenido del derecho procesal constitucional, al punto de alterar la teoría general del proceso porque obliga a trabajar en una superficie distinta a las consabidas reglas de la personalidad y representación en juicio.

7. El principio “pro homine”

Si hay varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, se debe elegir la que más proteja los derechos de la persona. Así comienza el primero de los principios establecidos en la ley.

Enlaza esta disposición con el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), donde se crea el principio que establece una interpretación preferentemente *pro homine*.

En efecto, se ha destacado que es necesario recalcar que el sistema de protección internacional debe ser entendido como una integralidad, principio recogido en el artículo citado, el cual impone un marco de protección que siempre da preferencia a la interpretación o a la norma que más favorezca los derechos de la persona humana, objetivo angular de protección de todo el Sistema Interamericano.

El principio *pro homine* es de aplicación obligatoria, debido a que se prevé en tratados internacionales que forman parte del derecho interno al que Ecuador se asocia, sin contar que así lo regula expresamente en la LOGJCC.

Este principio implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.

Además del artículo 29 de la CADH se encuentra en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en conjunto orientan la aplicación de interpretaciones constitucionales y legales en todos los niveles de decisión judicial y administrativa.

Ahora bien, no aparece claro en el texto cuál sería la solución a adoptar en situaciones de conflicto eventual entre normas contendientes (por ejemplo, entre la Constitución y un Tratado), pues si bien por mandato expreso todas las normas de derechos humanos se deberán interpretar de manera que favorezcan la mayor protección para la persona (*principio pro homine*), también el art. 4 (LOGJCC) permite utilizar el *iura novit curia*.

En nuestro parecer, siempre la última palabra será de la Corte Constitucional.

8. Optimización de los principios constitucionales

En la década del 60 durante el siglo XX, el problema del control de la constitucionalidad de las leyes se había convertido en el tema más preocupante para el derecho comparado. La consolidación de las jurisdicciones constitucionales enfrentaba tradicionales principios de la teoría general del proceso (por ejemplo, el valor de la oralidad), generando resistencias en la magistratura que quería conservar su apego al principio de legalidad pero en un marco de discrecionalidad absoluta.

Recuérdese que el modelo clásico de la judicatura era el del Juez que solamente aplica el derecho. Fue así en el derecho romano, como en el código Napoleón, que asentaron las características de la función jurisdiccional en la tradicional subsunción de los hechos en la norma.

Sobre estas líneas se trazaron los poderes de los jueces (conocer en la causa; emplazar a las partes para que se sometan al derecho; apercibirlos por la desobediencia eventual de los mandatos dictados en el curso del procedimiento; dictar sentencia o decir el derecho -*iuris/dictio*- y ejecutar la decisión por la fuerza si ella no era acatada inmediatamente).

Sin embargo, como estas actividades podían ser realizadas por otros que no eran jueces, *lato sensu,* comenzó a cuestionarse la identificación del poder real de la judicatura; la cual, en definitiva, quedó afirmada en la noción de "jurisdicción", es decir, en el poder-deber de resolver los conflictos suscitados

entre individuos. Los agregados de definitividad del pronunciamiento y posibilidad de imponer forzosamente la decisión, incorporaron matices diferenciales respecto a otras funciones de juzgar.

De todas maneras, la característica más importante que tiene el Juez en ese emplazamiento, consiste en la posibilidad de interpretar la ley, y esto fue lo que Mauro Cappelletti desarrolló con magisterio elocuente.

Sostuvo que la aplicación de la ley en un sentido determinado, obligaba a dos lecturas: de un lado, "*la interpretación de la norma procesal*" que si bien asienta en los principios generales que desmenuzan la télesis de toda normativa, cuenta con particularidades que diseñan una metodología propia; por otro, "*la interpretación judicial de las leyes*", vale decir, la interpretación en el sentido más puro de adecuar la sensibilidad de las normas en el medio donde va a insertarse y en el cuadro coordinado de todo el ordenamiento jurídico.

En 1954 Cappelletti escribe: *El significado del control judicial de constitucionalidad de las leyes en el mundo contemporáneo* (editado en Argentina por Ejea como capítulo de *Procesos, ideologías y sociedad*), en el cual advierte el extraordinario movimiento expansivo del modelo de revisión judicial para fiscalizar la supremacía constitucional, destacando en esa actividad dinámica, cuanto cabe a la *judicial review* americana, y cuanto a la *justicia constitucional* europea.

Describe tres etapas posibles en la evolución, partiendo de la vigencia del derecho natural, siguiendo por lo que llama como de aplicación de la justicia legal, y culmina con el legado de la justicia constitucional.

> "La sustancial analogía del desenvolvimiento histórico que se ha verificado y que todavía está en curso de desarrollo en los países del *common law* y en los del *civil law*, no es amenguada por el hecho de que en los países de base romanística la justicia constitucional haya venido asumiendo habitualmente algunas características importantes diversas de las que son propias de la *judicial review* estadounidense y de los otros países de base jurídica inglesa. Es cierto que las diferencias son importantes e innegables. En los países del *common law* –los Estados Unidos y el Commonwealth (Comunidad británica de las naciones)- la *judicial review* tiende a configurarse como un control «difuso», esto es confiando a *todos* los tribunales de justicia, inferiores y superiores, estaduales y federales, todos los cuales están obligados, en el caso concreto sometido a juicio, a desaplicar la ley inconstitucional. En los países del *civil law*, en cambio, con algunas excepciones cuyos resultados, debe decirse –apunta Cappelletti–, son sin embargo por lo común escasamente satisfactorios, la tendencia ha sido la de crear una Corte Constitucional local, concentrando en ella la tarea de la justicia constitucional: de donde el control tiene carácter «concentrado» y eficacia y *erga omnes…*[…]".

La prolija descripción que concreta le otorga un significativo encuadre que va a completar en varios estudios que se han recopilado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM bajo el título común de La Justicia Constitucional.

En suma, en el pensamiento de Cappelletti existen tres sectores bien diferenciados para conseguir la optimización de los principios constitucionales: el de la *jurisdicción constitucional de la libertad*, que analiza los instrumentos establecidos en las cartas constitucionales para la protección de los derechos y garantías fundamentales; otro vinculado con la *defensa constitucional*, la fiscalización de la supremacía y la resolución de los conflictos internos de poder; y finalmente, un sector de carácter *transnacional o internacional* por el cual se pueden colegir e interpretar las normas de dicho carácter que se incorporan en los Estados como una forma de garantizar la difusión, promoción y protección de los derechos humanos.

9. Significado que tiene la justicia o jurisdicción constitucional

Para comprender cabalmente la forma de aplicar los principios dándoles efectividad es necesario razonar sobre una diferencia entre actuar haciendo justicia respecto a la función jurisdiccional propiamente dicha.

Es probable que la referencia de significados sea distinta conforme lo interprete un Juez americano o un tribunal europeo, porque cuando se habla de *justicia* se piensa en el valor que tiene la decisión judicial, en cambio cuando se menciona a la *jurisdicción* se imagina inmediatamente al órgano que resuelve.

De alguna manera, y a pesar del paso del tiempo y lo mucho que se ha escrito sobre el tema, lo cierto es que Europa resiste la existencia de un derecho procesal constitucional, mientras que América lo pondera y despliega.

> Para confirmar la afirmación se pueden leer las elusivas conclusiones de Zagrebelsky –por otra parte, siempre inteligentemente fundadas–, donde sostiene que la fórmula derecho procesal constitucional, aun cuando no es usada raramente, no ha entrado hasta ahora en el léxico jurídico utilizado habitualmente. Además, en los casos en los cuales se hace uso de ella, no parece que sea con una particular e intencional plenitud conceptual. Es ciertamente un dato sobre el cual reflexionar. Pero no se sabría decir fácilmente si es por el desarrollo insuficiente de las reflexiones y de la construcción jurídica o por una razón más profunda y decisiva, relativa a la naturaleza del juicio constitucional y a la problemática de un verdadero derecho procesal que constituya su estructura normativa. Aparte de la fórmula, no tenemos siquiera estudios explícitos sobre las cuestiones relativas a la naturaleza de las reglas sobre las cuales se sustenta la actividad de la Corte Constitucional […].
>
> Un derecho procesal constitucional, sí, pero *sui generis* (más bien: muy *sui generis*), que comprenda en sí pluralidad de perspectivas, para reconstruirse en torno a bienes jurídicos múltiples. Un derecho procesal capaz de comprender las razones no siempre coincidentes de la tutela subjetiva de los derechos constitucionales pero también las razones de la tutela objetiva de la Constitución. Pero dicho esto, es claro que se está todavía lejos de una completa reconstrucción teórica[7].

Observemos por ejemplo el enfoque asumido en ambos continentes. En uno, se atiende la relación que tiene el Tribunal Constitucional con el medio donde se inserta; es un problema de adecuación, porque pone en el centro de la mirada, la autoridad del Parlamento y la ejecución de las normas. Por eso, la controversia inicial sostuvo la ilegitimidad del organismo, así como el exceso de potestades.

Es cierto que un sector de la doctrina proclamó su necesidad institucional como si la jurisdicción constitucional fuera producto de un reclamo de la sociedad; pero al mismo tiempo, las resistencias –hoy eliminadas– asentaron sus motivos mostrando la declinación de poderes necesarios para legislar y administrar.

En cambio, los americanos fuimos dominados por el movimiento constitucionalista que al modificar la tradición del ejercicio del poder, trajo consigo una impronta de equilibrio y razonabilidad estableciendo una cuota de responsabilidad política en la división del poder estatal.

La supremacía de la Constitución se constituyó en una pauta de orden y respeto a las instituciones, siendo deber del Poder Judicial, de todos los jueces, controlar que ello se cumpliera.

7. Zagrebelsky, Gustavo, *¿Derecho Procesal Constitucional?,* traducción de Giovanni F. Priori Posada, en Revista Peruana de Derecho Procesal, nº IV, dirigida por Juan José Monroy Palacios, Lima, diciembre/2001, pp. 400 y ss.

Esta característica supone el "telos ideológico" de la Norma Fundamental, y del mismo surgen principios que deben respetarse y consagrarse como insuperables o inalienables, a saber:

a) La *fundamentalidad*, con lo que se quiere expresar que la Constitución provee al Estado de su derecho fundamental; del derecho que es base y origen de todo el orden jurídico político.
b) La *organización interna*, o dicho en otros términos, el nexo indisoluble que declara la organización que estructura un Estado cualquiera, como son, la población, el territorio, el poder y el gobierno.
c) El *reparto de funciones* en esa organización, que conduce al principio de limitación, donde nadie tiene más poder que el otro.
d) El *principio de responsabilidad* que la extiende al Estado como persona de derecho público y a sus gobernantes, funcionarios y agentes públicos.
e) El *principio de finalidad*, también llamado techo ideológico de la Constitución.
f) El *principio de control* (checks and balance) o frenos y contrapesos ejercido en diferentes modelos y sistemas.
g) El *principio de eficiencia*, o eficacia de la Constitución, por medio de la cual se persigue que el rendimiento eficaz se alcance con el menor costo posible en su repercusión social, sea sobre las personas, los derechos, o los valores constitucionales.
e) Y así llegar al *principio de totalidad*, que muestra a una Carta Fundamental como auténtico "Derecho", más que como carta y programa declarativo. Es un derecho a la perdurabilidad, o durabilidad, o persistencia. Se mira y quiere un futuro, por eso se habla de la estabilidad como sistema de respeto por la continuidad de las instituciones y garantías reconocidas.

En consecuencia, a pesar de que se encuentran numerosos trabajos que identifican la disciplina como jurisdicción constitucional, justicia constitucional, defensa de la constitución, etc., cada uno tiene un sentido distinto.

La *Jurisdicción constitucional* es el estudio del órgano judicial encargado de tutelar la vigencia efectiva de los derechos humanos (como norma fundamental), la supremacía constitucional y el cumplimiento de las pautas mínimas que regulan los procedimientos constitucionales.

Sería el planteo "orgánico"; algo así como la investigación de los tribunales constitucionales en su faz organizativa, poderes y funciones.

La *justicia constitucional*, por su parte, se relaciona con la fuerza normativa de la Constitución, representa un sector del derecho procesal constitucional, pero bien puede asentarse en una disciplina diferente a éste.

10. El principio de la supremacía constitucional

Este principio elabora tras sí una idea común para los sistemas de control de constitucionalidad. La Constitución es una Norma Fundamental, y contiene fundamentos, principios y valores que se transmiten orientando al resto del ordenamiento jurídico.

> García de Enterría ha señalado que la supremacía de la Constitución se fundamenta en varias razones. Primero, porque ella define el sistema de fuentes formales del derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución, una ley será válida o un reglamento vinculante. En este sentido, es la primera de las normas de producción, la norma *normarum*, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención funcional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia o duración, lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante, limitada a objetos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido[8].

Es una norma superior y por eso subordina jerárquicamente la producción legislativa, inclusive, a las sentencias judiciales que deben acatar las finalidades dispuestas por la Constitución.

Como rápidamente se advierte, se trata de una regla pensada hacia adentro; es decir, entroniza la idea de la soberanía del Estado y se aísla del contexto externo que la circunda.

No quiere decir esto que el Estado se encierre en un sistema propio dominado por la idiosincrasia y el principio de legalidad; vale expresar, que quede mensurado en los límites del modelo social y de las normas que se dicten bajo la tutela de la Norma Fundamental.

En realidad, el principio de la supremacía responde a un tiempo histórico superado, o al menos así lo creemos, porque anida en ese concepto un destino permanente donde la ley se iguala con la certidumbre y la seguridad jurídica; y en la cual, la Constitución es la ley de leyes, pero siempre rígida e invulnerable.

Este entendimiento constituye un valuarte de cuatro siglos que han pergeñado la noción del estatismo y la legalidad, en la cual el Poder administra y controla y los ciudadanos gozan y disfrutan en la medida de los derechos disponibles; los que están escritos y asentados en un orden cerrado al ser impermeable a otros valores.

El paradigma afinca en lo que Zagrebelsky denomina la "soberanía de la Constitución"[9], e insistiendo en su conocida tesis, que esto se ha desmoronado porque la soberanía no es actualmente un rasgo característico.

8. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, editorial Cívitas, Madrid, 1995, pp. 132 y ss.
9. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, editorial Trotta (4ª ed.), Madrid, 2002, p. 13.

> Agrega el profesor de Turín que, las sociedades pluralistas actuales –es decir, las sociedades marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado–, esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. Desde la Constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional.

Esta división entre la *ley* y los *derechos* supone traer un techo diferente al concepto de *supremacía*, una suerte de super legalidad constitucional que obliga a quienes concretan el control de constitucionalidad a mirar hacia esos principios y valores antes que se los haya concretado por escrito en el marco de la legalidad disciplinada.

> De algún modo, sostiene Zagrebelsky, esta idea está implícita en las Declaraciones americanas que fundamentan los derechos en una esfera jurídica que precede a los derechos que pueda establecer el legislador. Antes los derechos eran un patrimonio subjetivo existente por sí mismo que debía mantenerse inalterado y protegido de todas las posibles amenazas, primero de las externas provenientes del Parlamento inglés y luego de las internas que hubiesen podido nacer de una legislación omnipotente…[…]. Los derechos, en cuanto patrimonio subjetivo independiente, constituían a los individuos en sujetos originarios y soberanos y de este modo hacían posible el acto de delegación constitucional, fundando el *Government* y, en él, el poder legislativo. La ley, cabe decir, derivaba de los derechos, justamente lo contrario de lo que sucedía en Francia, donde eran los derechos los que derivaban de la ley.

Aquí, la soberanía de la ley; allí, la soberanía de los derechos[10].

11. La obligación de seguir el precedente

La idea a fuerza de defender la Constitución se agrupa con la necesidad de armonizar en el principio de igualdad las resoluciones judiciales de interpretación. De allí que se consagre el principio de "obligatoriedad del precedente".

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 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 Napoleón de 1804, la ley era una declaración soberana que no podía cambiarse; solamente el legislador tenía facultades de interpretar la voluntad popular. Inclusive, la costumbre no constituía un verdadero derecho sino en los casos en que las normas se remitieran a ella; obviamente, en este contexto, la fuerza obligatoria de la sentencia no avanzaba a los límites objetivos y subjetivos de la cosa juzgada.

10. Ob. cit., p. 15.

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"[11]. 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*"[12].

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, entendidos, precisamente, no como valores diversos o divergentes, sino como aspectos complementarios e integrados de la misma función[13].

11. López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces,* Legis, Colombia, 2006 (2ª ed.), p. 9.
12. López Medina, ob. cit., p. 10.

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.

Ecuador 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 la Corte Constitucional 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[14], que recoge de los códigos sustanciales las reglas de la interpretación y aplicación normativa.

Si antes fue lógico esperar del legislador la creación normativa, y dejar sólo en él la potestad de alteración, cambio y,

13. Así lo 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, Palestra, Lima, 2005, pp. 156/157).
14. Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Introducción al Derecho,* Temis, Bogotá, 1994, pp. 252 y ss.

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, 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, inclusive, del derecho transnacional[15].

15. 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 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.

El modelo del precedente obligatorio tiene cuestionamientos con la razonabilidad. Principio de proporciones importantes en los países de tradición romanista, porque el dilema se proyecta con el valor del antecedente, que pasa a convertirse en una fuente de recurrencia ineludible y, obviamente en una fuente de derecho, cuando no en el derecho mismo de creación judicial.

Si es así ¿cuál es el precedente que debe tomarse? ¿El que resuelve el caso? ¿O la sentencia de derecho que queda firme y consentida? La diferencia no es baladí, porqué una cosa es dar solución a la controversia y definirla en sus aspectos más relevantes; y otra, decidirla con el derecho aplicable que el órgano de cierre pronuncie al dictar la sentencia definitiva. Inclusive, puede ocurrir (como en Estados Unidos) que la Corte Federal solo se pronuncie sobre cuestiones federales, relegando las fácticas.

En consecuencia, del planteo se deriva otra polémica, que consiste en determinar qué es lo que tiene alcance normativo, obligatorio o vinculante. Así es necesario diferenciar entre la "*ratio decidendi*" y el "*obiter dicta*", o sea los principios u opiniones vertidos en el proceso de decidir, pero que no constituyen

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 imaginara, las sentencias individuales son las leyes del caso concreto, no las que se crean y proyectan con alcances generales. Es evidente que el *stare decisis* obraría en contra de los términos anteriores, dando permanente actualidad a una situación que, en los hechos, devino abstracta. De igual modo, un contingente procesal también se pone en cuestión cuando se 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 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,* Segunda Parte, Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 341 y ss.).

la decisión misma, y que, por ende, no tienen el referido alcance. De allí la preocupación por los hechos del caso, por las circunstancias. Como es prácticamente imposible que todos los casos sean, desde un punto de vista fáctico, idénticos, los esfuerzos interpretativos trabajan por la vía del paralelo, de la analogía, de las compensaciones. "*Non est simile*" es oído con frecuencia, de labios de litigantes y juzgadores, por igual[16].

> La Corte Constitucional de Colombia define el problema al afirmar que […]: "Un precedente supone la existencia de una regla específica sobre el contenido y alcance de la disposición constitucional concretamente aplicable al caso. El precedente está constituido así por aquellos aportes específicos y concretos de las sentencias de tutela o de constitucionalidad, que tienen relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva de la decisión. En suma, siguiendo los criterios jurisprudenciales mencionados, la *ratio decidendi* o el precedente de una decisión, suele responder al problema jurídico que se plantea en el caso específico y debe poder ser formulada como una regla jurisprudencial –o subregla– que fija el contenido constitucionalmente protegido de la norma constitucional aplicable a dicho caso concreto"[17].

12. Obligación de administrar justicia constitucional

Con firmeza y sin duda se afirma que la misión del Juez constitucional es fiscalizar el cumplimiento del principio de la supremacía constitucional.

16. La determinación de la "*ratio decidendi*" debe hacerse teniendo en cuenta los hechos que el juzgador ha entendido son materiales respecto de su decisión, así como la decisión misma, basada en tales hechos (cfr.: Price, J. P. *The English Legal System*, pp. 103, 104, M. & Handbooks, 1979. El "*obiter dictum*", a su vez, no es necesario para decidir el caso, pues pudo prescindirse de él.
17. Corte Constitucional de Colombia, auto n° 208 (2006).

Esta aseveración tiene actualmente resistencias, porque la instalación de la Norma Fundamental en el vértice superior del sistema no es absolutamente cierta, si consideramos la influencia que traen los tratados y convenciones internacionales, que cuando refieren a derechos humanos, colocan un modelo de auténtica "súper legalidad constitucional".

Inclusive, una proyección del temario se construye sobre la base de los poderes del Juez constitucional, para resolver cuanto campo de actuación tiene ante las llamadas "omisiones constitucionales", es decir, qué puede hacer allí donde aparece un deber legal sin cumplir (v.gr.: reglamentación de una ley programática) cuya realización se peticiona al tribunal o jurisdicción especial.

El enclave tiende a esclarecer si la funcionalidad del caso permite al Juez constitucional convertirse en un "legislador positivo" ordenando que el parlamento o la legislatura realicen tal o cual actividad; o si puede ella misma, a través de la sentencia, crear el derecho hasta allí remiso o directamente omitido por la inacción.

En este marco, las posibilidades que se disparan desde las sentencias constitucionales también constituyen un despliegue de potestades que muestran una fisonomía propia, diferente a la sentencia de los procesos ordinarios, donde el alcance y la definición generan una relevancia singular.

> Sostiene Pérez Tremps, que para comprender el sentido actual de la justicia constitucional, hay que detenerse en el estudio de la función o funciones que cumple. Como es sabido, la justicia constitucional, en especial en su diseño kelseniano, surge ante una situación de crisis de la idea de constitución, como un mecanismo más para afianzar y garantizar los principios y valores constitucionales, y muy significativamente los derechos fundamentales y los derechos de las minorías frente a las mayorías parlamentarias. Y, en muchos ordenamientos, la introducción de mecanismos de justicia constitucional responde a esa misma idea de crear un "garante de la Constitución", en expresión del propio Kelsen, ante situaciones de crisis o de debilidad constitucional. Ciertamente, ese papel de garante o defensora de la constitución que representa la justicia constitucional resulta muy destacado y útil en los procesos de transición política desde regímenes autoritarios hacia auténticos sistemas democráticos. Ello explica en buena medida ese gran protagonismo que los tribunales, cortes o salas constitucionales han tenido en el proceso de renovación del constitucionalismo latinoamericano vivido en las últimas décadas, proceso que, no debe olvidarse, no ha sido sino el broche formal al intento de cerrar décadas de autoritarismo y regímenes de facto que, en ocasiones incluso habían desembocado en guerras civiles. Esas instituciones de justicia constitucional nacieron con la firme voluntad de contribuir a la tarea de defender las constitucionales nacionales y asentar los valores que en ellas se consagran[18].

Es evidente, entonces, que limitar la función judicial a una tarea de adecuación formal entre la norma ordinaria y la constitucional, puede ser útil en un determinado contexto, que probablemente, no sea el actual. Por eso, cuando la debilidad del sistema democrático se resiente por factores de orden diverso, los tribunales constitucionales (los jueces constitucionales) pueden exceder la actividad de control estricto, para integrarse responsablemente en la tarea de gestar y crear un poder diferente.

> Sostiene López Guerra, que esta evolución de la justicia constitucional se puede resumir en el sentido de que: *a)* las funciones actuales de los Tribunales Constitucionales son resultado de una evolución que los configura como algo muy distinto de original "legislador negativo" kelseniano; *b)* que los Tribunales Constitucionales aparecen como una expresión del principio de separación de poderes como garantía de la

18. Pérez Tremps, Pablo, *La Justicia Constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina*, Foro Constitucional Iberoamericano nº 2/3, abril/junio 2003.

misma democracia; y *c)* que a este efecto, los diversos ordenamientos configuran al Tribunal Constitucional como un órgano de procedencia predominantemente parlamentaria y de composición sujeta a una renovación sucesiva[19].

Probablemente esta afirmación resienta el dogma de la división de poderes, hoy más formal que real; también que sea tildada de pecaminosa idea que recrea el rol político de la magistratura, o la invariable costumbre de señalar el "autoritarismo" judicial, allí donde no hay autoridad plenamente ejercida. O con la misma intención volver al argumento del Juez legislador. En fin, pese a toda resistencia, es necesario ver la evolución y trabajar con esperanza antes que con paradigmas.

13. Reglas de solución para la actividad judicial

Partamos de una base repetida varias veces con anterioridad: ¿qué hace un Juez (cualquier Juez) que debiendo aplicar la ley entiende que ella es injusta?

Si seguimos la corriente dominante en la Europa continental de fines del siglo XIX (principio de legalidad a ultranza) la respuesta es que debe soslayar el problema porque su misión no es interpretar sino subsumir los hechos en las normas que la voluntad popular crea a través de sus representantes.

Luego, si esa norma es injusta y genera un conflicto constitucional, la situación deriva en la siguiente relación: *los jueces ordinarios siempre aplican la ley; los jueces constitucionales deben interpretar la ley*.

De este modo, la misión de los tribunales constitucionales también es resolver conflictos, aunque no sea en el marco de

19. López Guerra, Luis, *Democracia y Tribunales Constitucionales*, Foro Constitucional Iberoamericano nº 2/3, abril/junio 2003.

una controversia entre partes, sino sobre una cuestión abstracta de efectos generales y expansivos. Por eso, es una tarea jurisdiccional en un proceso constitucional con principios y presupuestos diferentes.

En cambio, la interpretación de la ley por "todos los jueces" (control difuso) tiene diferencias en el modelo. Como regla, el análisis no es general sino concreto porque se deduce en una causa determinada y la solución es para el conflicto; es decir, la cosa juzgada solo alcanza a las partes y, en su caso, no hay declaración de inconstitucionalidad sino de inaplicación de la ley al supuesto que se resuelve.

La dualidad permite observar que los conflictos potenciales que suceden en uno u otro mecanismo, es amplio e indefinido, en la medida que las cuestiones constitucionales están siempre presentes en todo tipo de antagonismos.

Por tanto, mientras el sistema europeo ha procurado señalar las atribuciones de los Tribunales Constitucionales ofreciendo desde la ley orgánica respectiva un señalamiento puntual de sus incumbencias (por ejemplo: aparte de la revisión de la constitucionalidad de las leyes, fiscalizar la regularidad de los procesos electorales; o que no se afecte la garantía de la autonomía de los municipios; así como declarar la inconstitucionalidad de partidos políticos o el enjuiciamiento penal de los altos cargos del Estado, etc.), en América no se han dado pautas más que para resolver cuándo y cómo se puede solicitar a un Juez ordinario que actúe directamente en un proceso constitucional (v.gr.: amparo, hábeas corpus; acción de cumplimiento, etc.), sin perjuicio de las indicaciones específicas que tienen las leyes que han dado moldes diferentes aunque basados en la dinámica del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes.

Pero ésta es una historia tradicional. La realidad nos muestra que se avanza notablemente en ambos modelos. No se trata, actualmente, de trabajar *ex post facto* ni de prevenir con los tribunales constitucionales la eventual contrariedad constitucional. Ello se advierte con la evolución significativa de los derechos humanos que vienen a instalar la necesidad de actuar rápidamente y con eficacia sobre las opresiones que tiene o tienen el afectado o afectados, respectivamente.

Se propicia un activismo, prudente y razonado, pero atento y servil con una misión más encumbrada: proteger los derechos de las personas.

> En tal sentido, coincide Pérez Tremps[20], al encontrar que hay, igualmente, un núcleo común de atribuciones de la justicia constitucional que viene definido por dos tipos de competencias:
> a) Por una parte, la justicia constitucional, a través de unos mecanismos procesales u otros, y con unos efectos u otros, comporta la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las leyes (y eventualmente de otras normas), esto es la adecuación entre aquéllas y la norma fundamental. Este es, como es sabido, el elemento central que permite históricamente identificar la justicia constitucional como mecanismo de aplicación y de defensa de la constitución, y sigue siendo de gran importancia para ese fin.
> b) Pero, junto a ello, existe una segunda tarea que resulta central en la función que desarrolla la justicia constitucional, especialmente en América Latina y en todo el constitucionalismo de habla hispana. Se trata de la defensa de los derechos fundamentales, defensa que se lleva a cabo a través de distintos mecanismos procesales que, genéricamente, pueden definirse como el "amparo", concepto en el que deben incluirse todas las acciones de protección específica de derechos fundamentales, sea cual sea la denominación que reciban en cada ordenamiento: los recursos y juicios de amparo o tutela, el hábeas corpus, y el hábeas data son las acciones más comunes.

20. Pérez Tremps, Pablo, *La Justicia Constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina*, Foro Constitucional Iberoamericano nº 2/3, abril/junio 2003.

Capítulo III

El acceso a la justicia

14. El derecho a ser oído

Así como en la teoría general del derecho procesal la acción pretende revelar los presupuestos y condiciones para "entrar" al proceso, en el procesal constitucional se analizan iguales requisitos aunque variando la perspectiva.

En efecto, cuando se focaliza el problema en las necesidades que se deben acreditar para conseguir ser *parte* en una litis, rápidamente se observa que hay obstáculos a superar. Ellos se interponen al avance inmediato de la garantía de peticionar o hacerse oír ante los jueces, porque requieren que se justifique el interés jurídico y la personalidad de quien reclama.

La Norma Fundamental es clara al establecer que […]

> *Constitución de Ecuador* - 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 […].

La idea central afirma que la justicia es para los que tienen derecho a solicitar la gracia, y los jueces solo escucharán a quienes puedan demostrar que son los afectados de manera directa, actual e inmediata; porque los procesos no están pensados

para la dogmática ni la academia. Ellos, sólo resuelven conflictos humanos reinantes, jamás lo harán sobre conjeturas o posibilidades sin demostración efectiva.

Con esta visión, el reducto del proceso se acota a quienes pueden ser partes litigantes, y la condición de *parte* no es para todos. Únicamente se reciben peticiones de aquellos que consiguen superar los tejidos formales de la legitimación procesal, que supone por un lado, demostrar la relación que tiene el que se presenta ante los jueces con el derecho que invoca, y por otro, hacerlo en los límites del principio de legalidad formal.

Este es el modelo tradicional de la teoría de la legitimación que divide su atención en el carril de la personalidad para actuar (legitimación en la causa) y en los recaudos formales que se deben cumplimentar para ello (legitimación en el proceso).

> La exigencia tiene raigambre lejana en el principio de legalidad que se apuntala en la etapa codificadora. Por ejemplo, el Código Civil Francés, de cuño y estirpe napoleónico, diseñó todo un esquema de derechos sobre la base de la propiedad exclusiva y excluyente. El señorío estaba en el derecho subjetivo, siempre individual y autónomo. Los demás derechos se afirmaban en la propiedad, por eso era común sostener que no hay acción sin derecho, es decir, que solo podía reclamar ante los jueces el que fuera titular del interés afectado.

En cambio, si prestamos atención al fenómeno que se oculta detrás del derecho a plantear una demanda, se observará que preexiste una garantía constitucional: el derecho de petición.

Si es un derecho constitucional, como resulta el derecho a ser oído, la naturaleza jurídica varía. Deja de ser un presupuesto procesal para convertirse en una garantía. Y las garantías no pueden estar condicionadas.

Puede ser que algunas legislaciones confundan las garantías con derechos subjetivos de naturaleza pública, a diferencia de otros que las establecen como normas fundamentales directamente operativas; pero en ambos casos la base es igual: el derecho de petición y ser oído es independiente de los hechos y del derecho que se presenta.

De algún modo, es retornar a la antigua polémica entre Windscheid y Muther, de 1856 y 1857, que dio razones varias para creer que nace allí el derecho procesal científico; especialmente porque, de una vez y para siempre, se demostró que una cosa era tener un derecho subjetivo y otra ejercerlo requiriendo su tutela o protección.

> De este modo, decíamos en nuestro "Debido Proceso", emplazada la acción entre los derechos básicos de la persona, la conexión con el proceso se da a través de la demanda. Dentro de ella aparece la pretensión, que promueve dos visiones distintas: una enfoca el tema objetivo que se dirige al adversario persiguiendo de él una conducta determinada; y otra que tiene en su mira a la jurisdicción, ante quien se deben acreditar ciertos requisitos de admisión y pertinencia que son llamados, presupuestos procesales. En consecuencia, existe una diferencia sustancial entre el "acto de pedir" (y por tanto debe ponerse fuera del problema de la legitimación para obrar) y el "derecho de pedir", porque éste último refleja el verdadero problema a resolver[21].

Cuando la petición (ejercicio de la acción procesal) se vincula con un derecho cívico, se torna palpable el cambio. Si le dejamos el contenido técnico, al Juez le resultará posible repeler toda reclamación que no acredite el interés jurídico relevante llevado ante él por quien tiene y puede demostrar la afectación directa. En cambio, si pensamos en la garantía fundamental que significa hacerse oír, es evidente que a la demanda se le

21. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires/Santa Fe, 2004, pp. 87/88.

unirá el derecho de respuesta, debiendo ser ésta fundada y razonable.

No significa esta premisa abrir las puertas de los tribunales a todo inconformista que quiere llevar su sufrimiento a los resultados de una sentencia, porque el Juez mantiene el poder de dirección del proceso, pudiendo así rechazar las demandas manifiestamente infundadas o formalmente improcedentes (algunos sostienen que también puede repulsar las demandas infundadas). No lo podrá hacer por cuestiones de legitimación (salvo las muy evidentes).

En definitiva, éste es el campo que debe esclarecer el derecho procesal constitucional.

Para nosotros hay un punto de partida o idea fuerza:

> *el acceso a la justicia es una parte del derecho que tiene toda persona al debido proceso. Es una garantía judicial y un derecho individual de carácter constitucional (subjetivo público) que no admite limitaciones. No obstante, no es un pórtico tan amplio que pueda traspasarse sin necesidad de abrir puertas; éstas son requeridas como presupuestos formales de admisión, pero jamás podrán tener tantos cerrojos que obliguen a superar con esfuerzo aquello que, en realidad, es la bienvenida a los que piden justicia, y aun para aquellos que, abusando en el derecho de petición, puedan requerir la intervención de los jueces. En todo caso, es una cuestión de análisis particular, y una muestra de la confianza a depositar en el Poder Judicial para que sea éste quien resuelva el derecho a estar en el proceso*[22].

22. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires/Santa Fe, 2004, pp. 90/91.

15. El principio dispositivo del Art. 4 LOGJCC

Para comprender las causas y razones que admiten tener una cautela distinta en los procesos constitucionales (y de alguna manera proyectarlo hacia todo tipo de procesos) en vías de analizar los presupuestos y condiciones para entablar demandas y ser parte en un litigio, es necesario explicar el significado que tiene el acceso a la justicia.

La primera cuestión es simple y expresiva: los jueces no pueden mostrarse ausentes ante el reclamo ni poner obstáculos insuperables para ejercer su magisterio. Cuando la legitimación procesal se convierte en una valla a sobrepasar, algo está funcionando mal en el sistema, porque jamás las personas son más importantes que las causas. No pueden ser éstas quienes den la posibilidad de tener un proceso, ni asentar la importancia de la entrada al análisis de los requisitos de acreditación de la personalidad.

Vale decir, si la atención se pone en las personas antes que en los hechos denunciados, las puertas de la justicia no se abren de inmediato, porque instalan una mirilla previa (a modo de antesala) desde la cual se observa a quien pide para permitirle o no acceder al proceso.

El siguiente aspecto del problema consiste en reconocer al derecho de petición como una garantía fundamental para el acceso a la justicia, el cual no reconoce categoría de derechos o intereses a tutelar, es decir, no atiende la famosa diferencia entre derechos subjetivos e intereses plenos y debilitados.

Tan sólo es un marco referencial que muestra el fenómeno de ingreso al enjuicio como una cuestión que atañe a las garantías mínimas que todo proceso debe resguardar. Por eso, cuando los intereses se expanden a toda la sociedad, y no se puede

trazar la relación entre titular y derecho reclamado (no olvidemos que el proceso tradicional tutela intereses privados bajo la consigna de respetar el derecho de petición de quien es el legítimo titular del derecho invocado), la necesidad de garantizar el acceso a la justicia resulta ineludible.

El tercer motivo que debe plantearse dentro del fenómeno universal del acceso a la justicia, es la participación general de afectados e interesados, a cuyo fin hay dos temas que deben ser resueltos: a) el conocimiento de los derechos para que puedan ser exigidos; y b) las situaciones de pobreza que ponen un obstáculo económico para poder tener derecho al proceso y a la jurisdicción.

Cada uno de estos puntos queda involucrado en la temática del derecho procesal constitucional, porque hay una transformación en el concepto de ejercer el derecho de defensa y a tener un debido proceso. El cambio de tornas aparece con el derecho a un proceso justo en el cual los prolegómenos técnicos desaparecen para dar paso a las garantías mínimas del enjuiciamiento.

Con este emplazamiento, los jueces prestan un servicio y cumplen una función social.

> Es evidente –se ha dicho– que mientras los niveles de confiabilidad del público en el sistema judicial, en su eficacia, rapidez, predictibilidad, independencia e integridad aun permanecen muy bajos en la mayoría de los países de la región, la creencia en la justicia tiende a crecer en los sistemas en los que se han introducido los nuevos instrumentos legales de promoción del acceso a la justicia como expresiones de la legitimidad democrática, especialmente con las acciones y procedimientos constitucionales y con el reconocimiento, garantía y protección procesal de los derechos de los ciudadanos. De igual modo, esta creencia se refleja en el aumento de la demanda de justicia en materias como la protección de los derechos de los consumidores, del ambiente y las relaciones entre vecinos, usuarios y comunidad en general.

Para dar respuesta a este reclamo de acceder a la justicia sin restricciones, la legitimación procesal debió modificar el rumbo tradicional. Para ello, altera la protección individual permitiendo el ingreso de una categoría nueva de legitimados, que llegan desde los derechos a tutelar y por eso la pertenencia es *difusa,* es decir, que no se identifica con un grupo determinado. Si lo consigue, pueden llamarse derechos de *incidencia colectiva* (para adoptar el signado de la Constitución Nacional) los que reconocen y definen un sector particular del gravamen.

La defensa o protección, deben precisarse como derechos antes que simples intereses, o bien, aceptar que hay intereses que por su cualidad merecen ser atendidos de inmediato sin importar el carácter que inviste la persona o el grupo que para sí los reclama. En uno u otro caso, no puede trabarse el derecho a ser oídos poniendo obstáculos de corte eminentemente técnico.

Esta es una cuestión diferente a los presupuestos necesarios para obrar en una causa judicial, toda vez que ahora el punto de referencia está en el deber del Estado para resolver el conocimiento de los derechos y el acceso de las personas a los jueces y al proceso.

Se trata, nada más ni nada menos, que conceder el derecho a la jurisdicción que, dicho en otros términos, equivale a sustanciar plenamente un proceso hasta llegar a la sentencia.

Como se ve, ya no se refiere únicamente al derecho de entrada sino al que se generaliza a toda la instancia hasta llegar a un pronunciamiento suficientemente motivado y razonado.

En los modelos que dividen las jurisdicciones y los sistemas de enjuiciamiento, se han abierto sendas antes intransitables por el particular. Es el caso de la justicia constitucional que

fomenta el criterio de la participación democrática admitiendo reclamo de sectores representados adecuadamente, o de grupos que expanden la ocupación del órgano judicial a causas que se alejan del interés abstracto. Es decir, comienzan a actuar sobre problemas concretos y con derechos subjetivos directamente afectados.

En los demás mecanismos, que en lugar de segmentar la jurisdicción prefieren dividir la competencia judicial, también se da el mismo fenómeno, apareciendo nuevos órganos para el control de constitucionalidad, y renovando los procedimientos, antes solemnes y formales, por juicios sumarios, por audiencias, generalmente breves y con plena inmediación.

Con el mismo sentido se tiende a evitar el carácter conflictivo y contencioso del proceso judicial, estableciendo instancias previas de negociación en variados modelos (mediación, conciliación, arbitraje, entre otros).

También se han incorporado instituciones prestigiosas en el derecho comparado como el ombudsman o Defensor del Pueblo.

> Se ha observado que, en general, en los países democráticos con división de poderes, existe la pretensión de contar con un sistema judicial que genere no sólo una pronta y cumplida justicia, sino una justicia igualitaria para todos, que sea accesible, independiente y libre de cualquier influencia de los otros poderes. No obstante lo anterior, también es cierto que el examen de la problemática del acceso a la justicia se ha hecho desde varios tipos de formulaciones políticas, así: El derecho de acceso a la justicia debe ser visto como un servicio social esencial a cargo del Estado; el acceso a la justicia debe ser examinado como un conjunto de derechos y garantías del Estado Social de Derecho y, por último, el acceso a la justicia es una condición básica para el ejercicio alternativo del derecho.

> De otra parte, subsisten orientaciones que consideran que este asunto también debe ser visto y estructurado como un conjunto de instrumentos de asistencia y de ayuda o promoción social y como un derecho para superar desequilibrios en la sociedad, de naturales proyecciones asistenciales a cargo de entidades estatales o privadas en favor de los individuos que carecen de los recursos y de condiciones suficientes para provocar la actuación de la administración de justicia como garantía de sus derechos. En este sentido, el acceso al servicio de justicia se constituye en aspecto central de los regímenes democráticos y en varios de ellos aparece relacionado de manera directa con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

La legitimación para obrar en el proceso toma así una dimensión inusual en los esquemas procesales obligando a replantear en dos aspectos los presupuestos de entrada al litigio. Ellos son: la representación del derecho a tutelar y el reconocimiento de la personalidad para ser "justa parte".

16. Las cuestiones de representación

Como el proceso judicial no se aparta de la idea fuerza que sostiene que el enfrentamiento de intereses se expresa como una lucha entre partes iguales frente a un tercero imparcial, cuando no es posible identificar con precisión a una de esas partes, se persigue hacerlo a través de las cuestiones de representación.

De este modo, la "justa parte" tiene alguien que ejerce en nombre de los afectados el derecho que se pide. Algunas veces, no se requiere más que una *representación adecuada*, en otras, se exige un registro previo.

La tarea judicial es importante para este esclarecimiento, a cuyo fin pueden clasificarse las formas asociativas, sean previstas u ocasionales, de acuerdo con la determinación del conjunto que lo compone:

a) Grupos organizados con interés establecido en sus estatutos

Son conjuntos de personas que se reúnen en la defensa y promoción de intereses individuales que los asocian. Los colegios profesionales, los sindicatos, los consejos técnicos, etc. responden a este tipo de agrupamientos.

La representación legal está prevista en sus estatutos de manera que la legitimación se obtiene acreditando con los documentos constitutivos ese mandato institucional.

Propiamente no es un caso de legitimación colectiva, sino de capacidad de las personas jurídicas; por ello, carecen de importancia para el tema que venimos comentando.

b) Grupos asociados constituidos regularmente que no establecen representación

Aquí la composición del grupo como la finalidad que los aglutina es conocida. Se asocian y militan en la defensa del interés propuesto, pero carecen de una personalidad jurídica que represente sus pretensiones ante la justicia.

Son organizaciones regulares en la medida que no surgen espontáneamente sino después de una deliberación de intereses; tienen continuidad en los actos que desenvuelven, pero jurídicamente, carecen de representación colectiva.

El ejemplo reiterado es el de los *comuneros*, donde la actuación de un condómino beneficia a los demás pero no los perjudica por sus errores. También el supuesto de la *comunidad hereditaria indivisa*, que requiere de una representación necesaria.

También la *comunidad de propietarios de propiedad horizontal* cuyo órgano es la asamblea y el representante técnico, propiamente dicho, es el administrador. Aunque en el caso la dimensión de los derechos tutelados son individuales pero reclamados por medio de un litisconsorcio activo necesario.

Si la organización se multiplica por la acumulación de interesados (v.gr.: Cámara de la Propiedad Horizontal; Federación de entidades municipales, etc.) el ámbito subjetivo de representación en juicio varía. No se identifica directamente el interés individual con el colectivo. Sólo mediatamente el miembro percibe los beneficios de la acción grupal.

c) Grupos indeterminados con representación

Sostiene Bujosa Vadell que este tipo de interés se puede implementar por cuestiones de circunstancia, de manera que es factible que el ámbito de miembros de la misma no coincida con el de los integrantes del grupo afectado, es decir, con el grupo de interesados[23].

> "Si el conjunto se integra *ad hoc* es más probable que exista esta coincidencia, pero cuando es una asociación constituida para la defensa y promoción en general de determinados intereses no hay realmente una personalización global de todos los interesados. Además, la libertad de asociación permite la creación de distintas agrupaciones que pretendan la representación y defensa de los mismos intereses, y esta pluralidad de asociaciones puede dar lugar a distintas tácticas o interpretaciones de la protección que se pretende"[24] .

23. Bujosa Vadell, Lorenzo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo,* editorial Bosch, Barcelona, 1995, p. 174.
24. Bujosa Vadell, ob. cit., p. 175.

d) Grupos indeterminados sin representación

El supuesto permite observar la integración espontánea de un grupo que responde a una inquietud ocasional. Existe necesidad de agruparse para intentar una defensa del bien colectivo.

Esa protección puede implementarse por personas individuales que arrogándose el interés del grupo al que pertenece invocan esa participación para lograr personalidad procesal.

Existe la agrupación pero no la representación. Este tipo de acciones no deben necesariamente ser propuestas por el ente colectivo pues basta la defensa de lo general o la dimensión del interés para acceder al rumbo procedimental.

> En estos casos –dice Bujosa Vadell– es aplicable la solución de la legitimación colectiva en la que cada miembro del grupo, por el sólo hecho de serlo, puede actuar ante los tribunales defendiendo no su interés propio y exclusivo, sino el interés indivisible común a todos los miembros, siempre, de todas formas, cumpliendo unos requisitos mínimos de representatividad si se pretende que la resolución jurisdiccional pueda afectar a todos ellos.

17. Representación de los intereses colectivos y difusos

En materia de intereses o derechos difusos la ausencia de legitimados directos obliga a reconocer una representación suficiente indeterminada en un ente colectivo que evita consideraciones de carácter individual.

La doctrina italiana la denomina "ente exponencial" y la americana "*adecuacy of representation*".

En ambos casos se procura que las organizaciones o grupos cuenten con garantías básicas para establecer el contradictorio. La audiencia y alegación constituyen resortes de ello, y propician un abandono del simplismo que vé al proceso como cosa de partes físicas y conocidas.

La garantía del debido proceso, en estos casos, se resuelve a través de la *adecuada representación* de los intereses del miembro del grupo que permanece ausente, defendidos por otro u otros miembros del grupo, que se encuentran en una situación cualitativamente idéntica y que ofrecen indicios de que van a proteger de manera adecuada (idónea) los intereses de todos los que se encuentran en semejante posición jurídico-material.

a) Representación adecuada

La diferencia con la representación convencional es elocuente. No existe conferimiento expreso ni constituido, tampoco una voluntad tácita que acepte la manifestación en nombre del ausente; se trata, solamente, de atribuir legitimación procesal activa que objetivamente permita la defensa de derechos grupales desprotegidos.

De este modo, la representación adecuada atiende más la cualidad de los hechos denunciados que a las personas que invocan la petición judicial.

Esa misma admisión genérica obliga a establecer algunos recaudos de certeza. Quizá, pensando en ello, en algunas legislaciones se establece el requisito del registro previo para darles representación. No obstante, el sistema anglosajón prefiere en sus acciones de clase (*class actions*) las medidas de atribución

subjetiva que invocan las agrupaciones. Fiscalizado, se otorga legitimación para obrar al acreditar el sector la *representación adecuada*.

Es una medida conveniente en lugar del recaudo administrativo establecido, pues con este se coloca un freno más al acceso a la justicia (que debiera ser libre, sin restricciones) que enfrenta la finalidad constitucional de otorgar derecho al debido proceso.

Las acciones de clase muestran como funciona esta modalidad de asistencia. Se despoja de preconceptos materiales y persigue la efectividad de la defensa.

> Explica Bujosa Vadell que, el representante es la vez representado y parte: actúa en nombre e interés ajeno, como todo representante, defendiendo el interés de terceras personas ausentes del proceso; pero además con la particularidad de que éstos terceros ocupan una posición jurídico-subjetiva similar a la del representante, con lo cual al defender el interés de estos terceros defiende también el interés propio, y viceversa. En estos casos, el representante no es un apoderado de los representados sino que se nombra a sí mismo (*self-appointment*), aquéllos incluso pueden desconocer la pendencia del proceso en el que se discuten sus propios intereses. Por ello existen peligros evidentes en relación con los miembros del grupo de afectados que permanecen físicamente ausentes [..]. La mayor parte de la legislación sobre *class actions* es un intento de asegurar la representación adecuada, con lo cual se tutelarían materialmente los intereses de todos los miembros del grupo.

Existen dos criterios básicos para controlar y admitir la representatividad adecuada, ellos son: i) *que la defensa sea idónea y se articule por medio de asistencia letrada*; ii) *que no aparezcan manifiestamente intereses contrapuestos dentro del grupo o sector.*

b) El "ente exponencial"

A diferencia del criterio anglosajón, el "ente exponencial" supone convalidar la representación que se arroga un grupo para defender los intereses de una colectividad determinada, cuando ella permanece pasiva o inactiva, o nada contradice cuando la agrupación solicita la tutela jurisdiccional.

El *grupo exponenciado* es el sector protegido, y el *ente exponencial* la entidad organizada o la persona o personas que pretenden la atención judicial.

No debe vincularse esta legitimación con la que solicite una entidad organizada (v.gr.: Liga de defensa de los derechos del consumidor, u otros similares), pues aunque estos pueden investirse de representación suficiente y ser partes procesales al vincular el objeto de su constitución con la materia específica que plantean en la demanda; en el caso se busca tutelar el interés colectivo que mantiene una fluidez y heterogeneidad más elástica que los moldes estatutarios.

> Por eso, agrega Bujosa Vadell, la protección de los intereses de grupo de ninguna manera puede depender exclusivamente de formas de organización colectiva de defensa de este interés, por tanto la asociación, el grupo organizado…no son más que formas posibles de manifestación y de realización de una reacción que en el caso de ser individual debería estar igualmente legitimada para pedir la protección jurisdiccional. Habrá casos en los que el ámbito del interés del grupo coincide con el de la organización (así sería el caso de los intereses profesionales de los abogados, cuya defensa se atribuye por ley a los colegios profesionales), por esa simple coincidencia la organización es un ente representativo del grupo; pero en otros supuestos el ámbito no coincide y el grupo organizado sólo integra una parte de los titulares del interés difuso o colectivo.

La diferencia de situaciones puede tener otra lectura. Mientras un grupo organizado pretende lograr beneficios generales, generalmente preventivos; la persona individual que invoca un interés colectivo se arroga la defensa con pretensiones heroicas, aunque justas y razonables.

En el sistema americano esta distinción se reconoce por la dimensión del problema, mientras los *rights without a holder* (derechos sin titular, pues toda la colectividad tiene la pertenencia) admiten las legitimaciones indirectas y difusas; los *rights too small* (derechos demasiado pequeños), permiten una protección individual que no requiere de mayores exigencias de representación.

En ambos casos, como se aprecia, el sentido técnico que tiene la legitimación procesal desaparece, al darse preferencia a las situaciones en crisis que se alegan en las demandas promovidas.

Si algún problema surge para el intérprete resulta de calificar bajo un nominado procesal la naturaleza jurídica que tiene el miembro del grupo exponencial respecto a los demás miembros del sector agrupado (colectivo).

Puede ser una *legitimación extraordinaria*, un *sustituto procesal*, un *representante no convencional*, etc. Pero no resulta demasiado importante obtener una respuesta definitiva, pues en definitiva, existe una distancia elocuente entre la *capacidad* que tienen los grupos, y la *legitimación* procesal que se les asigne.

Para adoptar un temperamento podemos catalogarlos como *legitimaciones por categoría*, donde la posibilidad de establecer un litisconsorcio necesario es plenamente posible.

18. La personalidad procesal y las nuevas categorías de intereses

La formación de derechos difusos y su distancia respecto de otros de similar envergadura para reclamar la protección judicial o administrativa, resulta necesaria a los fines de establecer una categoría de legitimación que evite confusiones en el acceso.

Va de suyo que referimos a intereses jurídicos, es decir aquellos bienes que son protegidos por cualquier ordenamiento normativo y que surgen de la relación entre el individuo con la cosa pedida.

Pero como esa precisión entre el derecho y la persona tradicionalmente se enfoca en la perspectiva de la pertenencia individual y el acceso a la justicia que favorece a quien acredita esa situación, hemos de asociar antes que el contenido de los intereses la supraindividualidad que presentan.

a) Los intereses colectivos

Este tipo de intereses corresponde a un conjunto definido de personas que se congregan en derredor de una unidad jurídica que los vincula.

El que el interés pertenezca a muchos no quiere decir que se expanda a todos sin lograr identificar ni particularizar un sólo interesado; tan sólo significa que el interés radica en muchos, de modo tal que el problema a descifrar no es la existencia del mismo sino evidenciar la titularidad de quienes lo alegan para ver si tienen posibilidad jurídica de actuación procesal.

La tipología que presentan se ejemplifica a través de los sindicatos, los colegios o asociaciones profesionales, la familia, las sociedades, etc.

La afectación que denuncian corresponde a una categoría, clase o grupos. Su particularidad, en orden a su protección y defensa, es que ofrecen matices distintos de cuando se examinan individualmente.

Ahora bien, dentro de cada grupo es posible encontrar intereses particulares o comunes que deben distinguirse de los que los asocian.

El interés común se repite y es coincidente con el del conjunto, mientras que el colectivo es de todos y de los demás componentes del área donde se desenvuelven. El primero supone que cada miembro del grupo tiene un interés igual o muy similar al del resto, pero no impide que cada uno de ellos pueda intentar aisladamente satisfacciones personales; el colectivo, en cambio, restringe las posibilidades de la pretensión: sólo se puede reclamar el interés en la medida que se aproveche a todos por la necesaria interdependencia que el grupo auspicia.

Algunos autores sostienen que esta diferencia corresponde al hecho que, por un lado, existen intereses agrupados que son naturalmente individuales y por tanto divisibles, susceptibles de apropiación y goce diferenciado, pero que se unen por razones de conveniencia en la defensa; frente a otros que se integran como intereses de grupo (difusos o colectivos) que vinculan a bienes de imposible apropiación individual. Son intereses de cada uno, es cierto, pero ninguno es particularmente dueño o titular exclusivo.

En este sector pueden agruparse los llamados *intereses de serie*, los que no identifican portador alguno, ni siquiera método reconocido de abstracción y globalidad, sino que emergen de medias estadísticas, y se canalizan por los grupos que los referencia respondiendo al impacto que ellos provocan.

Una modalidad, aunque con matices que los singularizan, son los *intereses de categoría* (también llamados, *profesionales*), que se encuentran y determinan fácilmente por la actividad común que desempeñan quienes invisten la representación (por ejemplo, médicos, abogados, escribanos, ingenieros, arquitectos, etc.).

b) Los intereses legítimos

El interés legítimo reposa más en las circunstancias denunciadas que en la situación jurídica subjetiva que tenga el peticionante.

Estos intereses no son derechos, pero intrínsecamente no muestran diferencias en la posibilidad de abrir la protección judicial.

Si observamos su funcionamiento en el proceso constitucional de amparo, se advierte la cualidad del acto lesivo para deducir del mismo la justicia concreta a aplicar, sin resolver la capacidad de postulación, o al menos, postergándola ante la evidencia del mejor derecho.

El derecho administrativo fue quien comenzó el estudio programático de esta modalidad, siendo el ensayo de Nigro una exposición interesante para utilizarla en nuestra explicación.

Sostiene el profesor italiano que el interés legítimo era entendido como un interés individual estrechamente conectado al interés público y protegido por el ordenamiento a través

de la tutela jurídica de éste último: una protección ocasional e indirecta. De este modo se tenía en cuenta la relación entre la posición del particular y la función de la administración pública, pero se reducía el interés del particular al mero accidente del interés público[25].

La evolución más reciente reposa en dos cuestiones: una examina la relación entre la posición y el ejercicio del poder administrativo y el interés material del individuo, entendido éste último no solo como límite al poder sino como elemento que contribuye a la determinación en concreto del interés público; otro, amplía la visión de ese interés, no ya como instrumento procesal sino como garantía puesta a disposición de los titulares para la protección de los intereses.

En nuestro país, que sólo atiende los reclamos de derechos subjetivos reconocidos a través del doble juego exigido de la *legitimación ad causam* y *ad processum*, se advierte cierta evolución que admite la calidad del *interés legítimo* como cuestión justiciable de atención merecida.

c) Los intereses simples

Tradicionalmente esta categoría de intereses ha sido despojada de protección judicial efectiva con el argumento que no tiene un derecho personal y directo que defender, en razón de que manifiestan un *simple* perjuicio que, *prima facie,* no está legalmente protegido.

La transmisión procesal, o en otros términos, el medio como se dan a conocer, es la denuncia o la queja, y la receptividad que tienen depende, en gran medida, de las facultades jurisdiccionales que se quieran disponer.

25. M. Nigro, *Giustizia amministrativa,* editorial Il Mulino, Bologna, 1979, p. 101. Ver, Bujosa Vadell, ob. cit., p. 35.

Estos intereses relegados por no encontrar un *tutor adecuado*, o el *locus standi* o *standing* del derecho anglosajón, no consiguen identificar a la parte procesal.

Desde la perspectiva del derecho privado se suscita un cambio importante.

Mientras un sector de la doctrina piensa que sólo ostentan posibilidad jurídica de reclamo los intereses jurídicamente protegidos; otros sostienen que existen intereses que trascienden la esfera individual que pueden reclamarse.

Constituyen una reacción contra el corset predispuesto por la doctrina del derecho subjetivo, que afirmado en el pensamiento de Josserand entiende que quien reclama una indemnización sólo puede hacerlo si justifica la lesión, el perjuicio y la legitimidad del reclamo.

Se pretende con la nueva orientación, alentar una variable justa y equilibrada entre los conceptos de responsabilidad, por el cual un interés simple pueda tener recepción como pérdida de un derecho que tenía probabilidades de ejercerse, pero que de hecho se frustró por la relación causal que le precede.

Por otra parte, es la corriente que inspira un prestigioso grupo de autores que abandona la premisa de tener a la responsabilidad como castigo de las conductas desviadas, para definir como temperamento guía el que la dimensión del daño trasciende las individualidades para convertirse en un verdadero problema colectivo.

El daño social se ejemplifica con hechos concretos del obrar ajeno. Son expresiones del mismo aquellos que vulneran la confiabilidad y credibilidad de las personas en el mercado; la falta de respaldo cierto de una entidad bancaria que lo publici-

ta como tal; la falta de idoneidad de servicios profesionales, cuando precisamente se ofrecen aptitudes especiales; los cambios abruptos de políticas económicas; la vulnerabilidad de transparencia del mercado, etc.[26].

El daño resarcible en la visión tradicional se explaya cuando existen responsabilidades subjetivas; ahora, los intereses dinamizan una expresión novedosa: son los factores de atribución los que revelan la posibilidad jurídica de actuar.

19. La protección constitucional de los derechos difusos

De acuerdo con lo expuesto, cabe interpretar el sentido que la Constitución adopta para el plexo de derechos y garantías reconocidos como "derechos de incidencia colectiva" que, estrictamente, no pertenecen a la categoría de difusos, sino al grupo de los intereses colectivos.

Sin embargo, como generaliza la proyección del daño hipotético podemos visualizar la posición en este sector.

En efecto, el derecho difuso o "fragmentado" admite más de un titular o ninguno. Aparece algo así como un bien indivisible que permite cuotas identificadas en cada afectado. Estos últimos se hallan en unión tal que la satisfacción de uno solo implica, en principio, la del grupo; así como la afectación a uno solo, lo es también a la clase[27].

26. Cfr. Ghersi, Carlos A., *Modernos conceptos de responsabilidad civil*, editorial Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1995, p. 32.
27. Barbosa Moreira, José Carlos, *La legitimación para la defensa de los intereses difusos en el derecho brasileño*, en Revista Jus, nro. 34 p. 61.

La cuestión trasciende un purismo metodológico, porque surgen de ella opciones de caracterización. Es decir, el interés difuso puede ser un *interés jurídicamente protegido* o un *derecho subjetivo –público o privado–*[28]; el primero responde a un derecho cuya consagración depende de la satisfacción que se le otorgue; en cambio, el derecho subjetivo tiene además del correlato "obligacional" (derecho subjetivo privado) el "poder-deber" público de ampararlo (derecho subjetivo público).

La referencia demuestra que los derechos difusos encuadran en la categoría de derechos subjetivos, en la medida que el artículo 43 de la Constitución Nacional los enlaza como "derechos subjetivos públicos" que tienden a proteger el orden, la seguridad, la paz, el poder, la solidaridad, la cooperación, la justicia social, y todo el descriptivo material que menciona el párrafo segundo de la norma.

La diferencia puede hallarse en que dentro de estos intereses colectivos aparecen posiciones distintas de los grupos o de las personas. A veces, esa conjunción puede afectar al sector más amplio y repercutir indirectamente en los individuos, situación que genera indiferencia en los segundos y dificultades de legitimación para el primero (por ejemplo, los daños al ambiente son cuestiones generales de contenido público que debieran ser de interés absoluto; sin embargo, está visto que quien no está directamente afectado no presta colaboración ni asistencia, debiendo entonces la justicia acudir en salvaguarda de estas omisiones).

En otras, el interés puede siquiera existir individualmente, pero estar inmerso en la dimensión de los derechos fundamentales para el hombre. Podría ser el *plus* que la Constitución asigna y ofrece a todos los habitantes de un país y que no requiere

28. Barrios de Angelis, Dante, *Introducción al estudio del proceso*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 129. Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La Justicia Constitucional*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 171.

de titulares específicos para su protección. Es también la medida que el texto fundacional propicia rescatar y hacer valer como una suerte de promoción y progresividad justa para el desarrollo de los derechos, antes que congelarlos en la interpretación del derecho a ser reparado por el desconocimiento o la lesión producida por la inobservancia.

De ahí, entonces, la imperiosa necesidad de asegurar su adecuada y efectiva preservación utilizando los medios instrumentales correspondientes, entre los cuales el amparo se muestra en primer lugar.

En suma, podemos afirmar que el derecho de amparo, como tutela judicial efectiva, supone impedir la negativa de acceso a cualquier persona interesada en preservar un interés jurídico determinado, por el sólo hecho o la única razón de no tener atribuido de modo exclusivo el derecho al proceso.

La equiparación comentada entre derechos difusos e intereses colectivos, a pesar de sus diferencias, asume un sentido más abstracto que no se detiene en el juicio previo de relación entre un grupo de sujetos y un bien determinado –salud, habitación, medio ambiente, etc.–, sino, antes bien, prioriza el control de ciertas posiciones económico-jurídicas que refieren e interesan al conjunto de peticionantes.

Capítulo IV

Principios del proceso constitucional

20. Introducción

La ciencia procesal clásica no responde a las adaptaciones que exigen los principios y presupuestos del proceso constitucional. También, de alguna manera, esquiva los nuevos roles que se asigna a los jueces, al no advertir la dinámica que tiene actualmente la función jurisdiccional.

En los capítulos que preceden pudimos observar como la teoría de la legitimación toma el rumbo del acceso a la justicia sin restricciones, dejando las cuestiones de personalidad y acreditación del interés a tutelar en un plano contenido en el trámite. Es decir, mientras no sea manifiesta la falta de derecho para pedir, se debe comenzar el procedimiento, postergando para la sentencia definitiva la definición sobre quienes son legitimados activos y pasivos.

De igual alcance tuitivo resulta las modificaciones a la representación y mandato de las partes (derechos subjetivos o intereses jurídicamente relevantes) logrando un espacio para los grupos y asociaciones que obtienen un derecho de participación directo, sin perjuicio de la afectación que refieran.

Asimismo el derecho a la jurisdicción se elabora sobre la eficacia de la actuación, permitiendo al Juez desplazarse sin

limitaciones (ni excesos) en el marco de la congruencia, pero sin que este principio lo atenace. Dicho en otros términos, actualmente se vislumbra la posibilidad de hacer justicia fuera del marco de lo pedido, y aun sin haberlo planteado el interesado.

> Afirma Morello que si bien es cierto que el Juez está obligado a ajustarse a la bilateralidad del contradictorio, a la audiencia que facilite oír a todas las partes y, concurrentemente, a ser imparcial preservando la igualdad, la paridad en el trato; también lo es que esto tiene una significativa restricción que obsta al accionar sorpresivo del órgano vedado a que de improviso incorpore, desvíe, retrotraiga o altere de modo repentino, desprevenidamente, las exigencias legales de la tramitación, devolviendo (produciendo indefensión) la descolocación en la posición de la parte y la adquisición y firmeza de lo actuado al cobijo de las reglas establecidas…[…]. La *neutralidad del Juez* cobra así un nuevo significado con valor intrínseco de verdadera matriz de un derecho de naturaleza procesal, potenciando al derecho de defensa. Mas sin ocultar que es una de las piezas claves, sensible, activa, no ser prescindente en el propósito de que lo que hace en el proceso debe ser útil y valioso, para lo cual no han de consumarse abusos, nulidades, tratamientos desparejos ni sorpresivos, quebrantar la igualdad de trato, impedir el acceso a la verdad jurídica objetiva o consentir faltas de cooperación o la observancia de una conducta que menoscabe en lugar de preservar los principios, valores y metas del proceso justo[29].

Es más, el consabido principio de bilateralidad que determina la existencia del proceso judicial únicamente cuando hay dos partes iguales enfrentadas por un conflicto, puede quedar inerte si la urgencia de soluciones autoriza al Juez a tomar medidas rápidas y expeditas, aun sin oír a la parte afectada.

29. Morello, Augusto Mario – Sosa, Gualberto Lucas – Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y la Nación*, tomo X-A, editorial Platense, LexisNexis, 3ª ed. 2004.

> Así como el derecho de fondo emplaza la revisión de sus criterios, lo mismo sucede en el derecho procesal cuando persigue abandonar su condición de técnica pura para fomentar un sistema de discusión y debate más próximo con la realidad del conflicto y con un lenguaje más apropiado a lo cotidiano. En vías de lograr la preciada eficacia y confianza en la sociedad, la relación entre el derecho procesal y el derecho material deja basarse en la pura aplicación mecánica, donde el primero presta la herramienta para que el segundo trabaje con sus dogmas; para argumentar sobre las necesidades inmediatas que requiere el derecho material. La urgencia cobra vida en el proceso desde diversas manifestaciones, donde especialmente se mencionan, las medidas cautelares; sin embargo no es igual la tutela cautelar que la urgencia de tutela.
> Es decir, la actuación del Juez en el proceso permite que resuelva cuestiones de urgencia sobre la base de lo cautelar (con las medidas específicas que disponga, v.gr.: embargo, secuestro, etc.) o anticipándose a la sentencia definitiva (en cualquiera de las formas de tutela, v.gr.: medidas autosatisfactivas, medidas provisionales), logrando autonomía respecto al modelo clásico de confrontación entre partes.

Esta es la base que inspira una alteración esencial en los principios y presupuestos, los que bien se señalan en la LOGJCC en el artículo 4° que, en lo pertinente, dice:

> ***Principios procesales***.- *La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales:*
> *1. Debido proceso.- En todo procedimiento constitucional se respetarán las normas del debido proceso prescritas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.*
> *2. Aplicación directa de la Constitución.- Los derechos y garantías establecidas 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.*
> *3. Gratuidad de la justicia constitucional.- El acceso y el servicio de la administración de justicia constitucional es gratuito, sin perjuicio de la condena en costas y de los gastos procesales a que hubiere lugar de con-*

formidad con el reglamento que la Corte Constitucional dicte para el efecto.
4. Inicio por demanda de parte.- Salvo norma expresa en contrario, los procesos se inician por demanda de parte.
5. Impulso de oficio.- La jueza o juez tiene el deber de impulsar de oficio los procesos constitucionales hasta llegar a su conclusión, salvo en los casos expresamente señalados en esta ley.
6. Dirección del proceso.- La jueza o juez deberá dirigir los procesos de forma activa, controlará la actividad de los participantes y evitará las dilaciones innecesarias. En función de este principio, la jueza o juez podrá interrumpir a los intervinientes para solicitar aclaraciones o repreguntar, determinar el objeto de las acciones, encauzar el debate y demás acciones correctivas, prolongar o acortar la duración de la audiencia.
7. Formalidad condicionada.- La jueza o juez tiene el deber de adecuar las formalidades previstas en el sistema jurídico al logro de los fines de los procesos constitucionales. No se podrá sacrificar la justicia constitucional por la mera omisión de formalidades.
8. Doble instancia.- Los procesos constitucionales tienen dos instancias, salvo norma expresa en contrario.
9. Motivación.- La jueza o juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso.
10. Comprensión efectiva.- Con la finalidad de acercar la comprensión efectiva de sus resoluciones a la ciudadanía, la jueza o juez deberá redactar sus sentencias de forma clara, concreta, inteligible, asequible y sintética, incluyendo las cuestiones de hecho y derecho planteadas y el razonamiento seguido para tomar la decisión que adopte.
11. Economía procesal.- En virtud de este principio, la jueza o juez tendrá en cuenta las siguientes reglas:

a) Concentración.- Reunir la mayor cantidad posible de cuestiones debatidas, en el menor número posible de actuaciones y providencias. La jueza o juez deberá atender simultáneamente la mayor cantidad de etapas procesales.

b) Celeridad.- Limitar el proceso a las etapas, plazos y términos previstos en la ley, evitando dilaciones innecesarias.

c) Saneamiento.- Las situaciones o actuaciones afectadas por la omisión de formalidades pueden ser convalidadas por la parte en cuyo favor se establecen.
12. Publicidad.- Los procedimientos previstos en esta ley serán públicos, sin perjuicio de las medidas especiales que tome la jueza o juez para preservar la intimidad de las personas o la seguridad del Estado.
13. Iura novit curia.- La jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional.
14. Subsidiaridad.- Se tomarán en cuenta los demás principios procesales establecidos en la legislación ordinaria, en la medida en que sean compatibles con la naturaleza del control constitucional.

21. Debido proceso

Con la aparición de los derechos humanos, el derecho a tener jueces, a ser oído, y a tener un proceso con todas las garantías, fomentó una evolución notable en el concepto del debido proceso. De ser un proceso legal se pasó a estimar un proceso constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban en el argumento de que sin garantías procesales efectivas y certeras, no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales.

A partir de esta concepción, el proceso como herramienta al servicio de los derechos sustanciales pierde consistencia: no se le asigna un fin por sí mismo, sino para realizar el derecho que viene a consolidar.

> No debe creerse –dice Gelsi Bidart– que por ser el proceso un instrumento que se construye para una finalidad que le es extrínseca, él mismo (la garantía) no tenga una propia finalidad. Ello así, en la medida que un mismo fin puede lograrse por diferentes caminos o medios, lo cual pone de relieve que el fin no integra la consistencia del medio, aunque ésta debe ser adecuada para alcanzarlo. Por ende, cada medio ha de uti-

> lizarse según su propio modo de ser, respetándolo y cambiándolo para que mejor llegue al fin perseguido. Cabe modificar el medio siempre que se mantengan sus aspectos fundamentales, pero no cambiando alguno de éstos, de tal manera que se pierda la manera de ser o consistir del instrumento. Si ello se hace, estamos ante un medio diferente, mejor o peor, pero no ante el mismo[30].

Con ello no decimos que el proceso abandone el rol que permite ejercer los derechos materiales; ni que haya perdido su condición de modelo técnico; se trata simplemente de advertir que su fisonomía debe resultar permeable a las exigencias del tiempo en que ocurre, de forma tal que no sea un mero procedimiento, sino una garantía esencial para los derechos humanos.

En definitiva, el proceso jurisdiccional tiene suprema importancia para el derecho procesal constitucional porqué es la auténtica protección de las garantías. Desde este punto de vista, hasta podría afirmarse que es la única garantía.

> En la teoría procesal este pasaje es de suma importancia, porque supone dar vida a una posición distinta al concepto popular que idealiza al proceso como parte vital en la trilogía estructural del derecho procesal como ciencia (jurisdicción, acción y proceso), para dar lugar a una *interpretación constitucional* sobre el modo que debe tener un procedimiento litigioso para respetar los derechos humanos y otorgar adecuadamente el derecho a la protección jurídica que se promete en los Tratados y Convenciones Internacionales.

Con la constitucionalización del proceso se evade y posterga la noción de exigencia individual o derecho subjetivo público. Queremos significar así, que el proceso debido es aquél que no tiene fronteras ni características por Estado. Es una noción

30. Gelsi Bidart, Adolfo, *De Derechos, Deberes y Garantías del hombre común,* cit., pp. 77 y ss.

unívoca que obliga a adaptaciones singulares y a estándares propios que afincan, al unísono, en la garantía procesal por excelencia.

La influencia de la Constitución en el proceso no ha de verse solamente en la cobertura que ofrece una norma fundamental de un Estado cualquiera respecto a la conformación de una estructura mínima de presupuestos y condiciones para tramitar adecuadamente un litigio.

El sentido trasciende los espacios propios; va más allá de las soberanías resignadas al papel penetrante que tienen los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos. Se abandona el señorío de la voluntad y se posterga las conveniencias particulares del Estado. La voluntad que se protege no es particular sino la universal del hombre que quiere para sí y por sí, con independencia de los particulares contextos de la relación, es decir, del hombre que actúa para la realización de sí mismo como sujeto absoluto.

En suma, la constitucionalización del proceso supone crear condiciones para entender lo que "es debido". No se trata, ahora, de un mensaje preventivo dirigido al Estado; ni de asegurar los mínimos exigibles en el derecho de defensa; hay una construcción específica que comienza desde la entrada al proceso y continúa a través de toda la instancia culminando con el derecho a una sentencia suficientemente motivada, que pueda ser ejecutada y cumplida como los jueces han ordenado.

No obstante, puede haber al mismo tiempo, otra lectura para el mismo acontecimiento fundamental.

El "debido proceso constitucional" se puede observar desde la plataforma de los más necesitados, obligando a sustanciar un sistema tuitivo, de carácter proteccionista, donde se

puede referenciar la miseria humana, las ofensas en la dignidad, las carencias manifiestas de pobres y abandonados, la situación de los niños o las mujeres vejadas, los marginados sociales, los perseguidos, los ancianos, etc.

En este aspecto, el debido proceso se vislumbra como la necesidad de restaurar los derechos perdidos, donde no se pueden aplicar conceptos del procesalismo formal, porque la necesidad de reparación es más importante que el formalismo. Sería ni más ni menos que el derecho a tener un proceso sin resignaciones ni egoísmos adjetivos.

En resumen, la gran alteración que sufre el concepto repetido del debido proceso se relaciona con el tiempo cuando se expresa. Mientras la tradición ideológica lo muestra como un concepto abstracto que persigue la perfección de los procedimientos evitando la arbitrariedad o la sinrazón; el ideal moderno lo emplaza con una dinámica que diluye la fijación de contenidos. Tiene, en consecuencia, un carácter o una condición progresiva, donde lo trascendente es destacar su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos.

La modificación sustancial se da, asimismo, en el *ethos* dominado por los deberes, antes que por las exigencias individuales o propias del derecho subjetivo. El debido proceso constitucional no se concreta en las afirmaciones de una ley, o en los preceptos de un código; se proyecta más que en los derechos, hacia los deberes jurisdiccionales que se han de preservar con la aspiración de conseguir un orden objetivo más justo.

En definitiva, el debido proceso es el derecho a la justicia lograda en un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaron a una simple cobertura del derecho de defensa en juicio. No estaremos hablando más de reglas, sino de principios.

21.1 Nuevos principios

La transformación de lo existente puede suceder si el debido proceso se considera como un conjunto de principios incanjeables que operan en cualquier tipo de procedimiento como una suerte de orientación, o directamente como un deber.

Es importante, para ello, evitar que los principios actúen como accesorios o consignas supletorias, en la medida que se propicia darles operatividad cual garantía inmediata y no como un revalúo del derecho de defensa en juicio.

De este formato se deriva que los nuevos principios se orquestan con autonomía y fundamentos propios sin necesidad de acotar ni amoldarse a la realidad donde se han de insertar. Actúa así como un valor implícito en las fórmulas, que por su propia calidad imponen una toma de posición.

Esta conclusión, desde luego, es coherente con una premisa con la que es fácil estar de acuerdo: *de los juicios de hecho sólo pueden derivar otros juicios de hecho; de los juicios de valor, sólo otros juicios de valor*. El paso de unos a otros presupone que se introduzca en los primeros un juicio del segundo tipo, o en los segundos un juicio del primer tipo. Más o menos es el razonamiento de Perelman al desarrollar la lógica jurídica.

El ordenamiento legal que se aplica no refiere a un modelo especial de Debido Proceso, solo le preocupa que se respeten las normas prescritas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por ello, la primer exigencia a interpretar llega del art. 2º primer párrafo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que alude al compromiso de las partes signatarias a adoptar "…*las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias…*", para hacer efectivos los derechos y libertades contenidos en el Tratado, lo

que implica un deber a cargo no sólo del órgano legislativo, sino al mismo tiempo, de los restantes poderes del Estado.

En este aspecto se debe tener presente que la obligatoriedad de los pactos y convenciones internacionales dependen de dos condiciones: *a)* la situación jurídica respecto al acatamiento de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*, y *b)* el orden jerárquico que tiene cada Constitución en la interpretación de los Tratados.

El primer tema se vincula con el efectivo cumplimiento del 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…*". El segundo se relaciona con el debido proceso, donde se observa que en general las Normas Fundamentales más relacionadas con la primera etapa del constitucionalismo (fines del siglo XVIII), como la de los Estados Unidos de América y aquellas que siguiendo ese modelo no ha sido sustancialmente reformadas, han establecido las garantías jurisdiccionales pensando en el proceso penal (principio de inocencia, defensa en juicio, juez natural, hábeas corpus).

Esto no es intrascendente, porque el actual emplazamiento del debido proceso supera holgadamente el modelo del proceso penal, y su adaptación a las distintas legislaciones depende del valor jerárquico que se otorga a los pactos y convenciones en el sistema constitucional.

Es evidente que los Tratados sobre Derechos Humanos adquieren una dimensión especial, criterio que se refleja a partir de mediados del siglo XX en las sucesivas reformas constitucionales de Latinoamérica, que otorgan jerarquía constitucional como en nuestro país, o inclusive superior, haciéndolos prevalecer respecto del derecho constitucional interno, como sucede en Guatemala.

> Dice Loianno que, si bien esta modificación debiera resultar sustancial para el enriquecimiento de las garantías judiciales o del debido proceso legal ya plasmadas en la Constitución, es sabido que el nivel de acatamiento ha sido y es desparejo, siendo ésta la principal razón por la que los organismos de control supranacional han desarrollado en los últimos años una enorme tarea de adaptación e interpretación que ha ido elaborando un nuevo marco de *garantías mínimas para delinear el debido proceso legal* en la actualidad[31].

Ahora bien, relegando esta problemática que en la perspectiva analizada puede carecer de incidencia, lo cierto es que el debido proceso tiene condiciones y principios. Las primeras dependen del procedimiento donde se aplicarán, las segundas, constituyen el esquema base de los nuevos principios de debido proceso.

21.2 El debido proceso en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

El art. 8º de la CADH tiene dos incisos que dividen claramente las garantías judiciales aplicables a todo tipo de procesos (primer inciso) y las que corresponden solamente al proceso penal (inciso segundo).

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 a 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 un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su cul-*

31. Loianno, Adelina, *Los efectos de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno: habilitación de la instancia y acceso a la justicia*, cit., XI-13.

pabilidad. 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 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 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 oacción 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.

Este conjunto no está aislado del bloque de normas que componen el cuadro armónico de principios sobre el debido proceso. Desde la Declaración Americana, hasta las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como los informes y recomendaciones de la

Comisión, existe un plexo articulado de contenidos que constituyen el perfil moderno del debido proceso.

La **Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre** *establece que toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente (art. XVIII-Derecho de Justicia).*
La **Declaración Universal de Derechos Humanos**, *por su parte, contiene varias disposiciones. Entre ellas se dice que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo (art. 8); que nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado (art. 9); que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal (art.10); a que se lo presuma inocente mientras no se prueba su culpabilidad (art. 11).*
El **Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos** *aprobado en nuestro país por la ley 23.313, establece que el país se compromete a garantizar a toda persona, cuyos derechos o libertades reconocidos por el Pacto, se hubieran violado, un recurso efectivo, que podrá presentar ante la autoridad competente en condiciones tales que no se pueda frustrar el derecho que se protege (art. 2. apartado 3, incisos a, b y c). El artículo 9º tutela los derechos a la libertad y a la seguridad personales, procurando evitar las detenciones arbitrarias o el juicio ilegal. El artículo 14 focaliza especialmente el punto que consideramos en el acápite, diciendo:*

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales

del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública; excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. *Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.*
3. *Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá, en plena igualdad, las siguientes garantías mínimas:*
   a) *A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella.*
   b) *A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección.*
   c) *A ser juzgada sin dilaciones indebidas.*
   d) *A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.*
   e) *A interrogar o hacer interrogatorios de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.*
   f) *A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal.*
   g) *A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.*
4. *En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.*
5. *Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley.*
6. *Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.*
7. *Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.*

El resumen enumera en los contenidos del debido proceso los siguientes aspectos (principios):

a) *El derecho a ser oído,* que implica el acceso a la justicia sin restricciones personales ni económicas;
b) *El derecho al proceso*, que se fracciona en puntualizaciones como las garantías de alegación, prueba y defensa de los derechos; dentro de un esquema confiable y que le garantice seguridad personal y jurídica; a través de un abogado idóneo y de confianza, y amparado en la publicidad del proceso.
c) *El derecho al plazo razonable*, ya sea en el tiempo para ser oído, como en el tránsito por las distintas etapas judiciales, acordando al afectado un derecho indemnizatorio cuando acredite los perjuicios sufridos por la demora injustificada de los tiempos del proceso.
d) *El derecho al juez natural*, y a que éste sea *competente, independiente e imparcial*, donde anidan proyecciones sobre el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente, el derecho a que la sentencia sea fundada y razonable, dando soluciones apropiadas al objeto de la pretensión.
e) *El derecho a la utilidad de la sentencia*, que se enlaza con el último aspecto en el sentido de darle sentido al pronunciamiento judicial a través de una decisión justa y efectiva, que pueda ser cumplida también dentro de un plazo razonable.

En este contexto, que desarrollamos en las secciones siguientes quedan implícitas algunas aclaraciones provenientes de interpretaciones o sentencias provenientes de la Corte o de la Comisión.

> Por ejemplo, se ha dicho que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y […] ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades. Dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos, pueden ser dispensados, si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica (cfr. *Caso Bámaca Velásquez,* sentencia del 25 de noviembre de 2000. Serie C nº 70, párr. 96).
> También la Comisión alegó que el debido proceso no puede entenderse circunscripto a las actuaciones judiciales; porque debe ser garantizado en todo trámite o actuación del Estado que pueda afectar los derechos e intereses de los particulares.

22. Gratuidad de la justicia constitucional

El principio de onerosidad de las actuaciones judiciales ha implantado en numerosos sistemas la obligación de tributar una tasa (o tributo) por la actividad que se impone a la justicia cuando se promueve un proceso.

En sus orígenes, si alguna de las partes no podía soportar el peso económico de esa necesidad, la otra debía asistirlo. Pero como la imposición resultó casi absurda y excesiva por la crueldad consistente en obligar a alguien a suministrar a otro armas que serían utilizadas contra sus propios intereses, el sistema mudó hacia el beneficio de litigar amparado por la condición de pobre y bajo la tutela asistencial del Estado[32].

32. Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas Procesales,* Ediar, Buenos Aires, 1998 (2ª ed.), p. 502.

Algunos autores sostienen que esta medida benéfica auspiciada para el carente de recursos proviene del derecho canónico, que vio en el modelo de caridad o equidad cristiana la ayuda necesaria que permitiera al pobre controvertir sin encontrarse desprotegido[33].

La preocupación por resolver el problema del indigente reconoce etapas en la búsqueda de soluciones. La evolución transita desde la asistencia jurídica que obliga a los abogados a patrocinar y afrontar directamente los costos procesales; la modificación del sistema que permite al profesional recuperar del Estado la inversión pero nunca la percepción de honorarios; luego el método de la seguridad social a través de organismos institucionalizados que pone la retribución del abogado a cargo del sistema; el modelo norteamericano creado por la *legal service corporation*; el servicio gratuito de cobertura por medio de abogados que integran el Poder Judicial; hasta llegar al conocido sistema mixto que tiene Argentina, donde el carente de recursos puede optar entre el beneficio de litigar sin gastos o la defensa oficializada mediante abogados del Estado.

Inclusive, para reforzar la obligación de igualar la situación del carenciado con quien puede asumir la inversión judicial para el acceso, algunas leyes fundamentales introducen en sus textos el "derecho de litigar gratuitamente de quien no tiene recursos suficientes" (art. 119 de la Constitución Española).

> El sistema trabaja sobre la idea de que toda persona tiene capacidad económica mientras no demuestre lo contrario. Para lograr el beneficio, debe demostrar objetivamente la insuficiencia de medios económicos, y una vez acordada la tutela gratuita, la ventaja no es permanente sino útil en el caso concreto donde lo aplica y excepcionalmente transmisible a otro proceso. El pro-

33. Gómez Colomer, Juan Luis, *El beneficio de pobreza,* editorial Bosch, Barcelona, 1982, p. 402.

blema ha sido el abuso antes que la crítica que recibió el método. En efecto, muchos argumentos se tuvieron contra el beneficio de pobreza, tales como suponer un indiscriminado aumento en los índices de litigiosidad, el amparo del irresponsable, la desigualdad "con los ricos", la posibilidad de entablar procesos sin riesgos de costas, el abuso del beneficio, el descontrol del Estado para otorgar la asistencia, etc.

Pero hay otra mirada para la cuestión y está en la naturaleza del conflicto.

En los procesos constitucionales también hay una pretensión que moviliza la actuación de los jueces; sin embargo, la tutela que se reclama es diferente. Hay un interés superior que obliga a no poner trabas económicas en razón de que ellas, si bien pueden ser un argumento para controversias motivadas en diferencias entre particulares, no lo es cuando lo que está en juego son los derechos y garantías fundamentales. Aquí, la prestación jurisdiccional es un deber propio del oficio. Por ello, la justicia se debe administrar gratuitamente.

Este criterio es aceptado en gran medida cuando se promueven juicios de amparo, hábeas corpus y aun los de hábeas data. No tienen igual criterio las acciones de inconstitucionalidad, o el recurso extraordinario federal del art. 14 de la ley 48 que, cuando es denegado, obliga a pagar un depósito previo como requisito de admisión.

Ha dicho Cappelletti que este fenómeno muestra la fascinante paradoja del movimiento en pro del acceso a la justicia: esto es, el hecho que precisamente para asegurar la libertad de mercado, se hacen necesarias las intervenciones normativas, administrativas y judiciales que equilibren el plano de protección judicial para todos[34].

34. Cappelletti, Mauro, *Dimensión de la justicia en el mundo contemporáneo,* trad. de Héctor Fix Fierro, editorial Porrúa, México, 1993, p. 118.

Para Hernández Valle, el principio de gratuidad exige que la jurisdicción constitucional no se retarde o impida la tramitación de los procesos por razones de falta o insuficiencia de timbres en los poderes, en los escritos, o bien que se exija afianzamiento de costas. Este principio también exige que los procesos constitucionales, salvo casos muy excepcionales, no exista condenatoria en costas, pues de lo contrario se establece un disuasivo importante para que los ciudadanos acudan ante ella en defensa de sus derechos fundamentales.
El Código Procesal Constitucional del Perú establece en el artículo III, en sus partes pertinentes, que "*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. […] La gratuidad prevista en este artículo no obsta el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena en costas y costos conforme a lo previsto por el presente Código.*

En el caso "Cantos" (Argentina) resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 28 de noviembre de 2002, sostuvo entre otros conceptos, lo siguiente:

"Los Estados tienen, como parte de sus obligaciones generales, un deber positivo de garantía con respecto a los individuos sometidos a su jurisdicción. Ello supone […]
Tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención […]"[35].
Consid. 62 […] por una parte, existen normas internas en la Argentina que ordenan liquidar y pagar por concepto de tasa de justicia y de honorarios de abogados y peritos sumas exor-

35. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 5, párr. 151; *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párr. 34.

bitantes, que van mucho más allá de los límites que corresponderían al cubrimiento razonable de los costos y costas generados por la administración de justicia y a la equitativa remuneración de un trabajo profesional calificado. Por otra parte, también existen disposiciones que facultan a los jueces para reducir el cálculo de la tasa y de los honorarios aludidos a límites que los hagan razonables y equitativos.

"Es, asimismo, del conocimiento de este Tribunal, que la Suprema Corte de Justicia de Argentina ha invocado la posibilidad de hacer prevalecer en las causas judiciales de orden interno las disposiciones de los tratados internacionales, lo cual ha llevado a que en diversos procesos los jueces hayan aplicado directamente la Convención Americana, modificando, en lo pertinente, los alcances del orden normativo nacional"[36].

"Así las cosas, este Tribunal no encuentra fundamento para considerar que el Estado ha incumplido el artículo 2 de la Convención porque su orden jurídico, considerado en su integridad, no lleva necesariamente a impedir el acceso a la justicia".

"En todo caso sería aconsejable que el Estado suprimiera de su ordenamiento jurídico las disposiciones que pudiesen dar lugar, de una u otra manera, a la imposición de tasas de justicia y al cálculo de honorarios que, por ser desmedidas y excesivos, impidieran el cabal acceso a la justicia. Y a su vez adopte el conjunto de medidas tendientes para que la tasa de justicia y el cobro de honorarios no se transformen en obstáculos para hacer efectivo los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en la Convención Americana".

Según el artículo 8.1 de la Convención:

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.

36. *Ekmedjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros*, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Caso N° E.64 XXIII, Sentencia del 7 de julio de 1992.

Esta disposición de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención.

Por su parte, el artículo 25 de la Convención también confirma el derecho de acceso a la justicia. La Corte ha señalado que éste establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Y ha observado, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley.

Se refiere al. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 111; *Caso del Tribunal Constitucional, supra* nota 8, párr. 89; y *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 23.

Asimismo, en reiteradas oportunidades ha dicho, que la garantía de un recurso efectivo "constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio

Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención", y que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido.

Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana.

> El reclamo planteado por el señor Cantos ante la Corte Suprema de Justicia de la Argentina asciende a 2.780.015.303,44 pesos (dos mil setecientos ochenta millones quince mil trescientos tres pesos con cuarenta y cuatro céntimos). De acuerdo con la ley Argentina, la tasa de justicia por abonar era equivalente a un tres por ciento (3%) del total del valor de la litis. La tasa de justicia es la suma de dinero que todo demandante judicial debe pagar para tener acceso a la justicia y según las leyes argentinas la misma sólo responde a un porcentaje y no tiene un tope máximo. Para el caso en particular ese tres por ciento (3%) corresponde a 83.400.459,10 pesos (ochenta y tres millones cuatrocientos mil cuatrocientos cincuenta y nueve pesos con diez centavos) equivalentes, al momento de ordenarle el pago nuestra Corte Suprema de Justicia, al mismo monto en dólares de los Estados Unidos de América. Esta suma de dinero no ha sido efectivamente pagada hasta hoy, pero el señor Cantos no sólo la adeuda sino que adeuda también la multa que se le impuso, de conformidad con la ley, por no haberla pagado, multa correspondiente al cincuenta por ciento (50%) de dicha suma de dinero, o sea, a 41.700.229,50 (cuarenta y un millones setecientos mil doscientos veintinueve y cincuenta centavos), equivalentes al momento señalado al mismo monto en dólares de los Estados Unidos de América, luego de transcurridos cinco días sin que se haya pagado (*supra* 43.n).

Con este planteo, le correspondió a la Corte Interamericana, tras superar la etapa de admisión ante la Comisión (que interpretó la existencia de un caso contencioso por presunta violación a derechos humanos) decidir si la aplicación de la ley y la consecuente determinación de una tasa de justicia de $ 83.400.459,10 (ochenta y tres millones cuatrocientos mil cuatrocientos cincuenta y nueve pesos con diez centavos, equivalente al mismo monto en dólares de los Estados Unidos de América) es compatible con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, referentes al derecho al acceso a la justicia y al derecho a un recurso sencillo y rápido.

Argentina había dicho, sobre el particular, que la determinación de ese monto estaba de acuerdo con la ley, cuyo propósito era evitar demandas temerarias; que esa suma fue proporcional a lo reclamado en la demanda, que no se trataba de una tasa confiscatoria y que el señor Cantos no la impugnó en el orden interno.

> Sin embargo el Tribunal supranacional ha señalado, en reiteradas ocasiones, que el Estado no puede eximirse de responsabilidad respecto a sus obligaciones internacionales argumentando la existencia de normas o procedimientos de derecho interno (Cfr. *Caso del Caracazo*, Reparaciones, supra nota 5, párr. 77; Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, supra nota 5, párr. 203 y Caso *Trujillo Oroza*, Reparaciones, supra nota 6, párr. 61. En igual sentido, vid. *Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras* (1930), Serie B, No. 17, pág. 32; *Caso de Nacionales Polacos de Danzig* (1931), Series A/B, No. 44, pág. 24; Caso de las *Zonas Libres* (1932), Series A/B, No. 46, pág. 167 y Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (*Caso de la Misión del PLO*) (1988) 12, a 31-2, párr. 47).

Por eso, lo llevó a concluir que la suma fijada por concepto de la llamada tasa de justicia y la correspondiente multa constituyen una obstrucción al acceso a la justicia, pues no aparecen como razonables, aun cuando la mencionada tasa de jus-

ticia sea, en términos aritméticos, proporcional al monto de la demanda.

> La Corte consideró que si bien el derecho al acceso a la justicia no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, lo cierto es que éstas debían guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho (*Vid*. en igual sentido, *Eur. Court H.R., Osman v. the United Kingdom, Judgment of 28 October 1998*, Reports 1998-VIII, para. 147, 148, 152).

En consecuencia, sostuvo que el monto por cobrar en el caso en estudio no guardaba relación entre el medio empleado y el fin perseguido por la legislación Argentina, con lo cual obstruye, evidentemente, el acceso a la justicia del señor Cantos, y en síntesis, viola los artículos 8 y 25 de la Convención.

> En el Considerando 55 se dijo: "Este Tribunal estima que para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva. También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales. Esta última situación se agrava en la medida en que para forzar el pago procedan las autoridades a embargar los bienes del deudor o a quitarle la posibilidad de ejercer el comercio".

23. Autoridad del Juez Constitucional

Las relaciones entre jueces ordinarios y Corte Constitucional suele confundir el espacio que ocupa el principio de autoridad en el proceso. Ese dualismo entre autoridad dentro del litigio y autoritarismo ideológico no es más que una afirmación carente de realidad práctica, pues las partes no padecen sacrificio alguno en el sistema para debatir en igualdad y equilibrio; lo que sí cambian son algunos principios (no todos); se alteran algunas reglas (como el pretendido tránsito de la escritura hacia la oralidad); pero jamás se perturban las garantías. Es más, éstas se consolidan con el control y la aplicación jurisdiccional.

El proceso se integra, necesariamente, con dos partes antagónicas y un tercero imparcial que resolverá con poderes suficientes para dotar su decisión de las notas de definitividad y fuerza compulsoria propia. Es decir: poder y autoridad, componen este aspecto de la práctica judicial. Para que dicho imperio y "*autorictas*" no excedan sus límites, el procesalismo pone la valla con el principio de razonabilidad, el cual supone que toda la actividad jurisdiccional se moviliza bajo la legalidad del obrar y fundamentando adecuadamente cada una de sus resoluciones.

Estas son garantías debidas al justiciable que se integran en la noción de "debido proceso formal" (o procesal). Mientras que la otra faceta del "proceso debido" que refiere a lo sustancial o material del principio, se manifiesta en el conjunto de exigencias procedimentales que se deben garantizar a cualquier persona que exige el cumplimiento de sus derechos y libertades.

Hoy día, se han ampliado notablemente los deberes de la jurisdicción y, en su consecuencia, los límites de la llamada tutela judicial efectiva no se sostienen únicamente en el respeto por el derecho de defensa en juicio. Precisamente, esta lectura de vanguardia conspira contra el modelo clásico de la estructura procesal y abre brechas que resisten el ímpetu de estas realidades que emergen del reclamo social antes que de una ilusión teórica sin fundamentos.

Por ello, el modelo tradicional que discutió si el proceso era solo cosa entre partes donde el juez asistía al debate para luego definir con su sentencia el derecho aplicable a uno u otro; y la renovación que trajo la llamada publicización que le asignó al juez mayores poderes y deberes, obligándolo a dirigir el conflicto para encontrar la verdad real antes que la confirmación de una u otra de las versiones de las partes; entre ambos modelos existen aproximaciones y diferencias que conviene informar para que a nadie lo tome por sorpresa esta supuesta afectación a la Constitución y sus principios.

No obstante, debe quedar en claro que si hablamos de garantías constitucionales, en definitiva, no hay más garantía que el proceso judicial, porqué será éste el que en definitiva persiga la consagración de los derechos y libertades que trae la Ley Fundamental.

24. El principio de legalidad formal (Informalidad condicionada)

Para establecer la legalidad formal como un principio del proceso, es necesario superar la observación según la cual cualquier solemnidad o ritualismo para expresar ideas o sentimientos conspira con la finalidad del acto. La polémica no es nueva si tenemos en cuenta que reitera la disputa que viene desde el derecho romano en todas sus etapas[37], entre el formalismo de las actuaciones procesales y la informalidad absoluta.

37. Sostiene Cuenca que, en ningún pueblo de la antigüedad fue tan profundo el culto de la forma como en Roma. De todos los elementos formales, la palabra tuvo un influjo poderoso; los romanos atribuyeron a las palabras el poder de llevar las semillas de un lugar a otro; en las Doce Tablas se incluyeron sanciones contra aquéllos que por arte de magia dañaban las cosechas y Plinio hace extensos comentarios sobre el poder místico de las palabras. La claridad, sencillez y precisión de las formas aseguraron, en el derecho antiguo, el cumplimiento estricto de las leyes … […]. En el sistema formulario, el sistema es formalista, pero no sacramental. Esto quiere decir que las partes deben valerse de los modelos previamente redactados por el Pretor, para definir sus controversias, pero ellos no tienen que hacer recitaciones textuales, cuya más leve variación o equivocación, como en la *actio legis,* implicaba la pérdida del litigio…[…]. Tiempo después, el *ordo iudiciorium* del sistema formulario fue superado con la *extraordinaria cognitio* que terminó desalojando en el año 342 el mecanismo anterior, aboliéndolo por considerar que era más propenso al juego de las palabras, a la argucia, al triunfo del más hábil o del más sabio, que a la investigación de la verdad (Cuenca, Humberto, *Proceso Civil Romano,* Ejea, Buenos Aires, 1957, pp. 39, 53 y 121).

Inclusive en el derecho germano hasta la recepción del derecho procesal italo-canónico (mediados del siglo XIV), el proceso fue muy formalista y su desarrollo quedaba en manos de las partes con un poder jurisdiccional prácticamente nulo. Características que fueron objeto de severas críticas que generaron las reformas del ordenamiento procesal.

El ritualismo exagerado hizo famosas las "ordalías" o juicios de Dios, que consideraban la etapa probatoria como una invocación a superar pruebas de dolor (agua caliente, fuego, hierro candente), en las que el litigio era propiamente un duelo[38].

Entre un extremo y otro, no se puede negar que el procedimiento judicial necesita de reglas, y cuanto más conocidas sean, mayor seguridad y certidumbre tendrá quien las aplique; pero al mismo tiempo, el proceso no convalida el desarrollo solemne y ritual, al punto de convertirse en un simbolismo puro donde aniden ficciones y esoterismos. Por eso hay que encontrar un justo medio para las representaciones y liturgias del proceso.

El principio de legalidad de las formas aporta algunas soluciones, pero en realidad, no hay entre los extremos tanta distancia, porque el informalismo, en la práctica no ha sido

38. La sentencia, en estos tiempos, no era más que una declaración del derecho aplicable en la causa, pero no tenía fuerza obligatoria alguna, porque para su cumplimiento era preciso un contrato especialmente dirigido a este fin, en el cual el demandado prometía al demandante satisfacerle o probarle que carecía de razón. Pero, como dice Goldschmidt, esta prueba se dirige a la parte contraria, no al Tribunal, y no es una carga, sino un derecho (Goldschmidt, James, *Derecho Procesal Civil,* Labor, Barcelona, 1936, p. 15).

nunca aplicado de un modo integral[39]; y a su vez, la legalidad adjetiva, aunque establece pautas solemnes, arbitra algún margen optativo que acuerda a las partes la facultad de regular aspectos parciales del proceso[40].

El informalismo, en los hechos, nunca es tal, porque la sola referencia a las formas ocupa, además del aspecto exterior del acto, el lugar donde se emite y el tiempo en que se lo incorpora. En tal sentido, resulta impropio hablar de libertad de las formas, porque en realidad ellas existen. Lo correcto sería referir a un proceso sin reglas preordenadas, por el cual tanto las partes como el juez tengan suficiente libertad para realizar los actos pertinentes en el lugar, tiempo y modo que ellos consideren adecuados en su formulación externa.

El problema, entonces, parece radicar no tanto en la necesidad de generar reglas y principios para el procedimiento, sino de ver cuánto el establecimiento de formas y solemnidades pueden constituirse en parámetros de esa entidad, esto es, como reglas variables, o principios permanentes.

Pero es evidente que un ordenamiento procesal rígido en esta disciplina, cae en el formalismo, donde se confunde lo formal con lo ritual, para elucubrar una especie de geometría exacta que acomode la presentación del acto a las previsiones legales que la rigen. Si recordamos que el proceso no tiene un fin en sí mismo, podemos colegir que tampoco es pura forma. No cabe equiparar la razón que el derecho reporta a las exigencias formales, a la razón que asiste a lo visible de un aspecto exterior. Es decir, el acto formal no puede ser aquél que externamente es apropiado[41].

39. Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* Volumen I, trad. Santiago Sentís Melendo. Ejea, Buenos Ares, 1986, p. 379.
40. Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil,* Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979 (2ª ed.), p. 319.

Existen tres modalidades para resolver la creación de normas formales para el procedimiento. La primera es de origen legal: el principio de *legalidad de las formas,* por el cual es el legislador quien dispone los ritos y solemnidades que deben cumplirse en las actuaciones procesales.

El límite de las formas lo impone el derecho establecido, que como toda norma jurídica, debe interpretarse no por su letra, sino por la inteligencia que surja de la lectura de las cláusulas, armonizándola con los demás preceptos del orden legal, sin desnaturalizar su esencia, ni transformándola incompatible con las mismas situaciones que vino a tutelar.

La segunda variable es el llamado *principio de libertad de las formas,* que constituye una suerte de reacción violenta contra los inconvenientes que trajo el ritualismo en el proceso, y coincide su aparición con épocas de grandes revoluciones[42].

En esta línea no se crean principios sino reglas acordadas por las partes con libertad; también pueden adoptarse los procedimientos de órganos preestablecidos. Esta es una posibilidad poco cierta y menos segura, que por esto mismo llevó al

41. Se comprende, por consiguiente –dice Satta–, que cuando se habla de formalismo no se quiere menoscabar en modo alguno la forma del derecho; una vez más, el formalismo no se puede entender como una inconcebible y absurda crítica a las formas jurídicas. No habría necesidad de decirlo, pero los equívocos son siempre posibles: el formalismo no debe confundirse con la legalidad y el principio de legalidad que está absolutamente fuera de cuestión, y mucho menos la crítica del formalismo se puede desarrollar bajo el signo de la vaga aspiración a una justicia sustancial, en rebelión abierta o lavada a la voluntad de la ley. Estas cosas pueden tener valor de *iure condendo*, esto es, no tienen para el jurista ningún valor actual (Satta, Salvatore, *Soliloquios y Coloquios de un jurista,* trad. Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1971, p. 52).
42. Informa Clemente Díaz, tomando datos de Bonnier (*Eléments de procédure civile,* París, 1853, p. 7), que durante la Revolución Francesa, la Constitución de 1793 (art. 94) estableció que los árbitros públicos juzgarían en proceso oral sin forma de procedimiento, y la ley 3 Brumario del año II, no solamente suprimió la orden de los abogados, sino que estableció que los tribunales existentes juzgarían en proceso verbal sin formas procesales; la reacción sobrevino por una ley 18 Fructidor del año VIII, que restableció la Ordenanza de 1667 y reglamentaciones posteriores (Díaz Clemente A., *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* Tomo I [Parte General], Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 223 nota 30).

tercer sistema denominado de la *regulación o adecuación judicial de las formas*[43] por el cual el juzgador ordena el material solemne a recabar, dirigiendo el proceso en su total desarrollo.

Ahora bien, este mecanismo provoca alguna inseguridad jurídica, alterando la finalidad prevista en el principio de regulación de las formas que, justamente, procura afianzar la seguridad y el orden del procedimiento. Para regular su aplicación práctica, suele utilizarse una pauta jurisprudencial que ha generado el llamado *principio de instrumentalidad* o *elasticidad de las formas*, que sostenido en las reglas para sancionar las nulidades del proceso, establece una escala axiológica al vicio derivado de la actuación que no respeta una pauta formal determinada[44].

En líneas generales ha terminado consagrándose, por mayoría de preceptos reglamentados, el *principio de legalidad de las formas,* estableciendo numerosas disposiciones para el desarrollo de las actuaciones procesales en particular (lugar, tiempo y forma de los actos), y para la fisonomía o diseño del procedimiento (conocimiento amplio en el juicio ordinario; trámites irrenunciables en el juicio ejecutivo; formación del título ejecutivo; valoración de la prueba; etc.).

El alcance del principio de legalidad, su eventual flexibilización, y las variaciones que se obtengan, ya sea para las actuaciones en particular, o para el tipo de procedimiento que se desarrolle, necesitan descubrir sus posibilidades reales en el marco del debido proceso adjetivo; pues no siempre los actos procesales afectados por un incumplimiento formal serán con-

43. Cfr. Berizonce, Roberto O., *La nulidad en el proceso,* Platense, La Plata, 1967, p. 48.
44. Clemente Díaz sostuvo que éste era un sistema poco convincente. "Dejar las formas al arbitrio de las partes es un mal; dejar las formas al arbitrio judicial es un mal peor, no porque el juez podría tentarse, sino porque la inercia judicial haría que se establecieran formas tipos, de carácter invariable; con ello, el juez habría desalojado al legislador. El peligro reside en la *falta de certeza de las formas,* ya que potencialmente existiría la posibilidad de formas distintas para el tratamiento de un mismo caso (ob. cit., p. 224 nota 37).

validados por la inactividad del afectado; como tampoco es factible afirmar que las formas procesales son disponibles para el juez al punto de variar a su antojo el trámite de una etapa procesal prevista reglamentariamente; e inclusive, la propia doctrina del exceso ritual debe esclarecer si relaciona únicamente a las formas con la actuación solemne, o se extiende también a las manifestaciones incongruentes del trámite.

Cada uno, en consecuencia, necesita resolver la disponibilidad de las formas en el proceso.

25. Doble instancia y derecho al recurso

La doble instancia, o el derecho a obtener dos resoluciones judiciales sucesivas sobre un mismo hecho, es un principio emblemático de la ciencia procesal, que afinca en la seguridad jurídica y en el derecho que tiene el justiciable al control jerárquico de la sentencia.

De este modo, la impugnación cubre dos aspectos; mientras permite revisar el pronunciamiento por un órgano jurisdiccional de grado superior, el Estado asume el poder de garantizar la certidumbre del derecho; y, al mismo tiempo, la queja obliga a un fallo definitivo que persigue alcanzar la justicia en el caso, culminando las instancias ordinarias o comunes.

> Decía Podetti que los recursos satisfacen la necesidad humana de no conformarse con lo decidido, y permiten canalizar o encauzar jurídicamente la protesta del vencido, permitiéndole "alzarse" contra la sentencia. Esta actitud tiene un doble origen: una razón de poder y una razón de justicia. Es posible que en su origen predominara la primera, pero paulatinamente va tomando puesto la segunda, hasta que se equilibran[45].

Tan afianzada está la garantía que algunos autores sostienen que pertenece y se integra en la noción de *debido proceso*, pese a las numerosas excepciones que cuenta la actividad judicial y que desarrolla la jurisprudencia.

Esta primera lectura, conserva la idea de salvaguardar al recurso como una *garantía individual* de la parte, sometida a la única condición del gravamen (es decir, a la diferencia perjudicial entre la pretensión y lo acordado en la sentencia). Si hay victoria absoluta, no hay agravios contra el fallo judicial, mientras que las peticiones desechadas son los límites de la impugnación.

> El derecho a utilizar los recursos –sostiene Picó i Junoy– comprende el derecho a que el órgano jurisdiccional que revise el proceso se pronuncie tras oír a las partes contradictoriamente, sin que pueda justificarse una resolución judicial *inaudita parte* más que en los casos de incomparecencia por voluntad expresa o tácita o negligencia imputable a la parte[46].

Desde otra perspectiva, la doble instancia se puede analizar como *garantía del proceso*, una suerte de potestad judicial para evitar el error, o disminuir a través de la revisión por el superior, la posibilidad de que la sentencia contenga vicios de hecho o de derecho que perjudiquen su eficacia intrínseca.

La desconfianza en los jueces (monocráticos), propio de este sistema que no ve con buenos ojos la actuación en soledad, se modifica con los tribunales u órganos colegiados de la magistratura, de manera que la pluralidad de curiales reduce la suspicacia y disminuye la falibilidad; asimismo, se cree que con la participación de varios jueces se compensa la reducción de recursos.

45. Podetti, J. Ramiro, *Tratado de los recursos*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1958, p. 35.
46. Picó i Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, editorial Bosch, Barcelona, 1997, p. 123.

Por ello, en los tribunales de única instancia se restringen las impugnaciones, y directamente se prohíbe el recurso cuando la situación a considerar es de mínima cuantía o no manifiesta algún interés prevalente.

Con esta visión se llega a sostener que la doble instancia no es requisito de la defensa en juicio en ningún tipo de proceso, siempre y cuando la etapa previa se haya sustanciado adecuadamente y, en su caso, favorecida por el principio *pro actione,* según el cual el sistema avanza en función del deber de rapidez y eficacia que el debido proceso propicia.

El problema de esta interpretación radica en que, existiendo en los regímenes procesales un abanico de remedios y recursos, la articulación de obstáculos para hacerlos valer se puede advertir como un accionar que imposibilita el acceso a la justicia, o al menos, torna al proceso, absurdo, discrecional y autocontradictorio.

> Tal es la orientación que asume la Constitución española en el art. 24.1, al colegir que son incompatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva, todas aquellas decisiones judiciales que inadmiten un recurso por omisión de un requisito formal subsanable, sin antes dar oportunidad a que sea corregido o que, concedida esta oportunidad, la parte haya subsanado (TC, sentencia del 6 de mayo de 1991). Por eso, en la doctrina constitucional - procesal de este país se interpreta que el debido proceso comprende el derecho a utilizar los recursos ordinarios y extraordinarios, incluido el de casación, en los supuestos y con los requisitos legalmente previstos; y al mismo tiempo, comprende también el derecho, en parte correlativo, de quien obtuvo una sentencia favorable, a que la misma alcance la fuerza de cosa juzgada y posteriormente sea ejecutada sin que sea interferido tal procedimiento por la concesión de una vía recursiva que no corresponde de acuerdo con la ley.

Finalmente, no puede eludir el comentario otro aspecto interesante a esclarecer. El tema es el principio de unidad de la jurisdicción, y la inteligencia común que debe tener la noción de debido proceso, esto es, que no puede haber diferencias en la aplicación de garantías para todo tipo de procesos. Ocurre que a partir de la vigencia del Pacto de San José de Costa Rica, y con mayor exigencia desde la reforma constitucional de 1994, el *derecho al recurso* se establece en el art. 8º.2 h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de manera que ingresa al derecho interno estableciendo una pauta que los Códigos procesales deben adaptar para no sacrificar ni desconocer la garantía.

En efecto, se ha señalado en múltiples ocasiones, que la incorporación de los Tratados y Convenciones sobre derechos humanos al derecho interno, entraña el deber 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 jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

En el presente, las garantías judiciales establecidas para el debido proceso obligan a actualizar los parámetros y, en este sentido, corresponde advertir cuánto atañe al derecho de recurrir ante un tribunal superior.

Por supuesto que no se trata de favorecer la creación de recursos inexistentes ni generar parámetros de interpretación distintos a los que cuentan las leyes procesales de cada lugar. Sino, de armonizar el conjunto de garantías transnacionales que fuerzan al sistema procesal local a adaptarse con las nuevas consignas.

En todo caso, tampoco se requiere de norma expresa que las ponga en práctica, pues son derechos operativos que no exigen reglamentación, aun cuando sean un programa de recaudos procesales para un proceso tipo.

No obstante, preocupa la inteligencia acordada al principio por algunas constituciones latinoamericanas. Por ejemplo, en Perú, la carta fundamental de 1993 consagró en el art. 139.6 –de manera irrestricta, incondicional y generalizada– el derecho a la pluralidad de instancia, a favor de cualquier justiciable y para toda clase de procedimientos. Lo que ha hecho decir a buena parte de la doctrina que el legislador no ha atendido la aplicación exclusiva del principio a los procesos penales.

La revisión de la sentencia condenatoria es la impronta que se postula en el derecho al recurso; examen que no se circunscribe al juicio de admisión porque la esencia de la garantía consiste en verificar todos los extremos de hecho y de derecho que persuadieron al juez para resolver la condena.

Básicamente, la premisa que conduce al derecho previsto en el art. 8º.2 h) asienta en la intervención posterior que se debe asegurar a un tribunal superior de igual jurisdicción al que dicta el fallo, para que a instancias del recurrente, pueda fiscalizar el cumplimiento de todas las exigencias que reposan en el debido proceso penal.

Por eso, la Comisión Interamericana sostuvo en el Informe 55/97 (caso 11.137, *Abella*) que, el recurso extraordinario no tiene por objeto remediar decisiones supuestamente erróneas, sino sólo omisiones o desaciertos de gravedad extrema; y como a través de su vía no se revisa el procedimiento, ni se advierte sobre incorrecciones de idoneidad o legalidad probatoria, y menos aún se posibilita con la medida del "recurso sencillo y breve", ese mecanismo extraordinario del sistema procesal no satisface la garantía del inculpado a impugnar la sentencia.

> En otras oportunidades, la Comisión ya había discurrido sobre estos temas, dice Albanese. Se puede señalar, entre ellas, una denuncia presentada por violación de los arts. 8º.1, 8º.2 h), 11 y 21 de la Convención. En cuanto a la aplicabilidad del artículo 8º.2 h) la Comisión analizó si una sanción pecuniaria impuesta por un Juez de primera instancia por razones de conducta procesal en un trámite de subasta, era de naturaleza penal, habida cuenta que se trata de una garantía que tiene toda persona inculpada de un delito, como parte del derecho a la presunción de inocencia (Informe 6/98, *Rodríguez, Ernesto Máximo*).

De igual modo, si el ordenamiento adjetivo limita o restringe las posibilidades de recurrir, esas disposiciones son inconstitucionales por violar las reglas del debido proceso legal.

> Para la vigencia de esta garantía, no basta con el reconocimiento formal del derecho de apelación, sino que además se deben eliminar todos aquellos obstáculos que impidan ejercerlo, tales como la exigencia de demasiados requisitos formales o plazos muy breves para su interposición, etc.
> El ejercicio del derecho *de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*, como es lógico suponer, implica que toda persona tiene derecho a disponer, en un plazo razonable y por escrito, de los fallos dictados en la determinación de su responsabilidad, debidamente motivados, a efectos de su posible apelación. En caso contrario, no se estaría concediendo la debida revisión de la sentencia, ni acceso oportuno a las razones del fallo, impidiéndose ejercer eficazmente el derecho de defensa. Esto implica asimismo que las resoluciones que se emitan en distintas instancias deben contener, con exactitud y claridad, las razones por las cuales se llega a la conclusión que ellas contienen, la valoración de las pruebas y los fundamentos jurídicos y normativos en que se basan.

Por su parte, la Corte Interamericana resolvió en el caso "*Castillo Petruzzi*" (sentencia del 30 de mayo de 1999) que el derecho de recurrir del fallo –se trata de un Tribunal militar

que juzgó a civiles sin darles derecho a revisar la condena– no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el Tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto.

> Conviene subrayar –dijo la CIDH– que el proceso penal es uno sólo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como la relativa a las instancias ulteriores. En consecuencia, el concepto del Juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del Juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él. En el caso que nos ocupa (*Castillo Petruzzi*), el tribunal de segunda instancia forma parte de la estructura militar. Por ello no tiene la independencia necesaria para actuar ni constituye un Juez natural para enjuiciamientos civiles. En tal virtud, pese a la existencia, bajo condiciones sumamente restrictivas, de recursos que pueden ser utilizados por los procesados, aquéllos no constituyen una verdadera garantía de reconsideración del caso por un órgano jurisdiccional superior que atienda las exigencias de su competencia, imparcialidad e independencia que la Convención establece (Consid. 161).

No es solamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos la que se interpreta, pues el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos agrega contenidos esenciales.

En efecto, dice el art. 14 indicado que, toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito en la ley.

La doble instancia, en consecuencia, es un derecho del imputado a impugnar la sentencia que lo declara culpable en un proceso penal, de manera que la garantía no se extiende, objetivamente, a otros justiciables ni a otros niveles jurisdiccionales.

Ahora bien, los mínimos que resguarden el derecho a la verificación de la sentencia condenatoria debe adecuarse al contenido esencial del debido proceso legal, con lo que se quiere decir que la revisión no significa abrir una instancia nueva de exploración y prueba, sino determinar un derecho que facilite a un tribunal superior el reexamen de la causa, es decir, el estudio de las circunstancias de hecho y de derecho que llevaron a la condena del inculpado.

26. La motivación de la sentencia

El deber judicial de escribir los fundamentos que llevan a pronunciar sentencias tiene una historia reveladora de ciertas contradicciones. Encontrando orígenes en el derecho romano, los jueces nunca tuvieron que expresar los motivos de convencimiento, pero después de la revolución francesa se estableció un sistema propio de la desconfianza en la magistratura, llevando a la obligación de los jueces de explicar claramente los motivos de una decisión.

El objetivo fue claro: *evitar el exceso discrecional o la arbitrariedad*. Poco tiempo después se convirtió en un deber constitucional asentado en buena parte de las cartas magnas europeas, como veremos más adelante.

Las sentencias se deben razonar, porque la racionalidad aplicada a los hechos constituye un requisito natural para que las partes conozcan los motivos que han provocado la persuasión y certeza representada en la decisión.

Sin embargo, no se puede dejar de señalar esta posible ambivalencia: *confío en los jueces siempre que dejen testimonio y constancia de sus actos; la confianza sin argumentos no es propia ni adecuada.*

Desde otro punto de vista, la respuesta judicial volcada por escrito, genera un elemento de estudio y doctrina para casos similares, creando jurisprudencia y una fuente de derecho que conviene alentar.

La obligación es constitucional, y en la LOGJCC se dispone que *la jueza o juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso*.

> Dice Bandrés Sánchez-Cruzat que la proclamación de un derecho fundamental destinado a garantizar al ciudadano el acceso al proceso y a una decisión justa, son partes del derecho a la tutela judicial efectiva que se aumenta con la obligación de motivar las decisiones impuestas por el Juez. De este modo se equilibra la situación al servir de instrumento de control de las resoluciones por los tribunales superiores y la ciudadanía[47].

Cuando se afirma como principio constitucional la obligación de motivar todos los actos de resolución jurisdiccional, se ratifica la condición de "garantía" que tiene para el justiciable, y la toma de posición entre las coberturas que tiene que sumar el "debido proceso".

En conjunto, es un sistema de reaseguros que las constituciones democráticas crean para la tutela de los individuos frente al poder estatal. Pero además de esta garantía se apunta tam-

47. Ob. cit., pp. 36 y ss.

bién a un principio jurídico político que expresa la exigencia de control a cargo del mismo pueblo, depositario de la soberanía y en cuyo nombre se ejercen los poderes públicos.

Las dos funciones que se observan, la *procesal* que propicia fiscalizar desde el control jerárquico de instancias superiores, y la función *política* que con la democracia admite el control de la opinión pública, determinan como un elemento necesario e ineludible en el debido proceso, que toda decisión judicial sea razonable y plenamente motivada.

La ventaja que tiene esta condición, coloca en primera línea la actitud preventiva que impide consagrar arbitrariedades al imponer una motivación plena y suficiente de lo resuelto. Por eso al juez no sólo le corresponde controlar que el deber legal de motivar se cumpla, como si éste fuera un requisito formal, sino le incumbe igualmente el deber de comprobar si las razones que transporta la motivación están dotadas de vigor suficiente como para desterrar la arbitrariedad.

En segundo término, se pone de relieve la acción imparcial y desinteresada del Juez que, al interpretar los hechos y aplicar el derecho, decide sin favorecer a una u otra parte sin más beneficios que los resultantes de la justicia proclamada.

> Dice Ruiz Lancina que, cuando una disposición legal o reglamentaria ha sido emanada para regular alguna cosa, el órgano decisor la tendrá que aplicar imparcialmente y la motivación asume la función de garantizar que así se ha procedido. Una decisión discrecional no es en rigor un acto de aplicación ya que éste supone la pre-existencia de una regla que anticipa lo que debe hacerse y la discrecional se define justo por lo contrario. Por tanto la imparcialidad comienza ya con la adopción de los criterios de actuación, por lo que no basta con aplicar imparcialmente unos criterios preestablecidos sino que con carácter previo es necesario escoger criterios imparciales[48].

Inmediatamente, la obligación de explanar razones y fundamentos en cada decisión jurisdiccional, y particularmente en la sentencia definitiva, supone crear una nueva garantía procesal que se destina a varios frentes:

a) como deber de los jueces al resolver;
b) como control de las partes sobre la justificación de las providencias y decretos;
c) como criterio de fiscalización en el cumplimiento de la ley;
d) como salvaguarda para la independencia judicial, y
e) como principio orientador sobre las formas procesales que toda sentencia debe contener.

Se ha dicho que la motivación o fundamentación razonada de los pronunciamientos judiciales tienen un significado para la democracia institucional, en el sentido de legitimar la intervención judicial en un régimen constitucional.

> Bandrés Sánchez-Cruzat señala que la declaración constitucional de que la justicia emana del pueblo no es meramente retórica; sirve para recordar que el pueblo en un Estado democrático es fuente de todo poder; para ilustrar que los jueces no son propietarios ni detentadores de la justicia; sirve por tanto para encardinar el poder judicial con la soberanía nacional […]; y sirve también para legitimar a los jueces en su actividad de impartir justicia, para lograr la justicia, al indicarse ese bello texto que los jueces sólo recibirán un juicio favorable de quien tiene la legitimidad institucional para formularlo, la ciudadanía, si su jurisprudencia responde a los principios y valores constitucionales de libertad, igualdad y justicia, y se dirige, a sabiendas, a satisfacer las aspiraciones éticas del pueblo plasmadas en la Constitución y en las leyes[49].

48. Ruiz Lancina, María José, *La motivación de las sentencias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española*, Noticias Jurídicas - página web, 2002.
49. Ob. cit., pp. 177 y ss.

Con esa finalidad, las razones del fallo justifican el poder y la autoridad jurisdiccional. Es una proyección del deber de rendir cuentas sobre los actos que se realizan en nombre del pueblo. Por eso se tiene al deber de fundamentación como una exigencia política.

El paso siguiente fue volcar en la Constitución el deber de señalar los motivos de persuasión adquiridos e indicados en la sentencia. Antes la idea se asumía como una derivación de preceptos y garantías, como el derecho a la defensa y el debido proceso.

Se consideró que instalando en la Norma Fundamental esta obligación de fundamentar adecuaba la finalidad de control sobre el razonamiento legal, mejoraba el convencimiento de las partes sobre el porqué de la justicia impartida, y limitaba el ejercicio abusivo de los recursos.

La constitucionalización tiene dos etapas. La primera no encuentra indicación precisa en los textos porque se deriva del derecho al debido proceso legal; inclusive, tampoco se haya mencionada en los textos internacionales de protección de los derechos humanos, quizás por las dificultades que podría tener en los sistemas que actúan con jurado. De todos modos sí tiene recepción en las condiciones de decidir con fundamentos en el enjuiciamiento penal y la condena que en estos procesos se dicta.

La segunda consolida la obligación cuando comienzan a reformarse las cartas constitucionales que fueron adaptando sus principios, declaraciones y garantías, al compás de la evolución y consagración de los derechos humanos.

El modelo Ecuatoriano no ha sido indiferente a esta evolución, destacando el principio "*pro sententia*", según el cual todas las normas procesales existen y deben interpretarse para facilitar la administración de la justicia y no como obstáculos para alcanzarla; lo cual obliga a considerar los requisitos procesales con criterio restrictivo, especialmente las inadmisiones de cualquier naturaleza, y sólo a texto expreso, mientras que debe interpretarse extensivamente y con el mayor formalismo posible todo aquello que conduzca a la decisión de las cuestiones de fondo en sentencia; además, las infracciones procesales sólo deben dar lugar a nulidades relativas y, por ende, siempre subsanables, mientras no produzcan indefensión.

26.1 Contenidos de la motivación

Fundamentar no significa lo mismo que motivar. Aplicar la ley sin más tarea que trabajar con exégesis pura, supone dar fundamentos; mientras que motivar implica darle racionalidad y sentimiento de justicia.

> En tal sentido sostiene Colomer Hernández que, la motivación actúa como un elemento de racionalización del sistema procesal, en cuanto constituye un presupuesto y una garantía del control que los órganos superiores realizan respecto a la actividad del juez inferior[50].

Racionalidad no siempre supone razonabilidad en el sentido estricto de la comparación, porque puede cerciorarse el Juez de lo dicho y expuesto sin advertir desatinos o incongruencias, en cuyo caso, lo razonable no sería razonado.

A veces, también, el raciocinio aplicado en la sentencia se identifica con justificación, siendo así difícil emparentar lo deseable con lo existente.

Es evidente, en consecuencia de la síntesis, que buscar entre los contenidos de la motivación la razonabilidad implica una tarea casi imposible, porque es más simple deducir la

50. Colomer Hernández, ob. cit., p. 77.

incongruencia, el error, el absurdo, es decir, todo lo contrario a la regla mencionada. Por tanto, la motivación de las sentencias como parte integrante del debido proceso puede encontrarse en premisas negativas, como afirmar que no es debido proceso el que equivoca el derecho aplicable a la causa; o que tampoco lo es cuando deduce afirmaciones inexistentes; o al tener por probados hechos que se mantienen inciertos o sin verificación, entre otras variables.

Desde esta perspectiva, la motivación persigue la certidumbre y la confianza institucional, más allá de servir a otras finalidades como son el control de la actividad jurisdiccional por parte del superior jerárquico, y de la misma opinión pública; o para demostrar la eficacia en la prestación del servicio jurisdiccional.

> Bien sostiene Picó i Junoy que a pesar de que la sentencia debe motivarse en Derecho, ello no excluye que pueda ser jurídicamente errónea, constituyendo una infracción de la ley o de la doctrina legal. Sin embargo, el derecho a la tutela judicial efectiva no ampara el acierto de las resoluciones judiciales, de modo que la selección o interpretación de la norma aplicable corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, salvo que la resolución judicial sea manifiestamente infundada o arbitraria, en cuyo caso no podría considerarse expresión del ejercicio de justicia, sino simplemente apariencia de la misma[51].

A pesar de todo cuanto se pueda abonar la conveniencia de motivar todas las resoluciones judiciales, no escapa al análisis que existen otras cuestiones posibles de ocupar al tema.

Por ejemplo, si la motivación se exige hacia los demás para que la sentencia y demás decretos o providencias sean manifestaciones expresas del acto de resolver; por qué no sostener que puede ser una autojustificación de la discrecionalidad judicial.

51. Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso,* cit., p. 64.

26.2 La motivación como discurso

Esta idea estuvo presente en el pensamiento postrevolucionario europeo del siglo XVIII, y se instaló en la legislación constitucional y procesal desde entonces, al obligar a los jueces a dictar sentencias que se sometieran al imperio de la ley, antes que a la voluntad del magistrado.

No se toleraba que fuera lo resuelto una justificación del poder jurisdiccional, precisamente porque jamás se admitió que el Juez tuviera otro poder que no fuera el de custodiar que las normas se cumplieran.

> Sostiene el Tribunal Constitucional español que, cualquier pretensión planteada ante los órganos jurisdiccionales exige una resolución suficientemente motivada a fin de hacer patente el sometimiento del Juez al imperio de la Ley (art. 117, CE), con lo que al tiempo que se fortalece la confianza de los ciudadanos en los órganos judiciales, se hace patente que la resolución del conflicto no es un mero acto de voluntad sino, muy al contrario, ejercicio de la razón (TC, sentencia 75/1998).

Cualquier desvío en la inteligencia común que la ley tiene, era considerado arbitrario, y hasta una causa de mal desempeño. Por eso, comenzó la sentencia a exigir requisitos constitutivos de tipo formal, que encapsularon el discurso en la técnica de lo previsible.

Es decir que, ante el común de la gente, una decisión judicial se parece demasiado a un discurso que justifica la resolución y pretende convencer a quien se dirige, o a quien la lee, sobre la razonabilidad de la misma. Mientras que para el técnico, la lectura se interpreta ajustada en el molde de la congruencia y de los agravios que del pronunciamiento se deriva.

> La distinción la profundiza Taruffo cuando muestra que una cosa es la motivación expuesta como signo, o como acto de comunicación de un contenido; y otra es la motivación como fuente de indicios. Para el primer segmento la sentencia se interpretará al conjuro de los intereses y en función de los instrumentos técnico-jurídicos que elucubrarán el discurso; mientras en el segundo, el auditorio general, la sociedad, examinará el discurso como fuente de indicios que dejará traslucir los elementos que puedan haber influido sobre su redacción (v.gr.: el nivel cultural y las opiniones del juez)[52].

Pero esta faceta atiende la faz sociológica del fenómeno jurisdicente, y de alguna manera, sirve para confrontar cuán lejano están las interpretaciones jurídicas de las que la sociedad representa.

> Atinadamente dice Colomer Hernández que, la postura psicologista lo que pretende es colocar en el centro de la motivación judicial la explicación de la decisión en lugar de su justificación. Las consecuencias de ocupar la motivación en explicar las circunstancias, razones o causas que llevan al Juez a tomar una decisión son muy peligrosas, pues de una parte, quedará sin ser acreditada la aceptabilidad de la decisión, y de otra parte, quedará impedida la posibilidad de control de la misma, convirtiéndose de facto en un acto arbitrario. Y es que, en efecto, el estudio de los motivos psicológicos del Juez no debe ser objeto de análisis para la ciencia jurídica por carecer de eficacia para determinar la aceptabilidad de una concreta decisión[53].

En definitiva, el contenido de la motivación no es otro que resolver con razones que se justifiquen sin esfuerzo dialéctico. Debe existir una ponderación jurídica que acompañe el proceso lógico de aplicación normativa, con el sentimiento implícito se hacer justicia y que ésta sea perceptible a quien se dirige y, en dimensión, a toda la sociedad.

52. Taruffo, Michele, *La motivazione Della sentenza civile,* Cedam, Padova, 1975, p. 99.
53. Colomer Hernández, ob. cit., p. 78.

Capítulo V

Reglas del proceso constitucional

27. Principio de economía

El principio de economía procesal es una regla de los procedimientos. Como tal puede tener manifestaciones que orientan la tendencia que se quiere asegurar en la regularidad de la instancia. Podrá ser el acceso a la justicia en cuyo supuesto es relevante el tema de la *economía de gastos* de necesaria inversión para hacerse oír (gratuidad de las actuaciones); o podrá ser el tiempo para las actuaciones con el objeto de lograr rapidez y celeridad en el camino hacia la sentencia (perentoriedad de los términos); no se descartan ramificaciones del principio necesarias para implementar uno u otro objetivo, como sería acentuar la rigidez con otras reglas, así la preclusión, la concentración de actos procesales, la adquisición o el propio impulso procesal.

Sin embargo, cada una de ellas carecería de relevancia si la mirada fuera diferente.

En efecto, recordemos que la voz de Cipriani criticando a Klein como artífice del principio, dijo que […]:

> "Desde esta perspectiva, la celeridad, problema que siempre ha preocupado a todos los legisladores, asume en Klein un particularísimo relieve, hasta devenir en una característica esencial del proceso, atendiendo a que el Estado, en sede civil, si bien no tiene interés «en el objeto del litigio», tiene interés

«en el modo en el cual éste se desarrolla»[54]. Aún más, él advirtió que, «a través de la estrecha relación entre vida y proceso, también la relación del proceso con el derecho material se vuelve más justa»[55]".

"En el proceso de Klein, por lo tanto, «no debe haber tardanzas inútiles», ya sea porque el Estado tiene interés en deshacerse lo más rápido posible de la pretensión dirigida en su contra», como «porque el atasco de las causas que se reenvían distrae inútilmente su actividad»[56]. De aquí, un último corolario: en el proceso de Klein las partes no tienen ningún derecho a pedir reenvíos, teniendo en cuenta que sólo es el juez quien los dispone «si y cuando lo crea»[57], «pero sólo en caso de absoluta necesidad»[58].

"Se puede deducir que la posición kleiniana del proceso civil, al margen de argumentos previsibles como la sencillez, la rapidez y el bajo costo, que son perseguidos por todo legislador, presenta perfiles de indudable originalidad. Más aun ella, en la medida en que hace hincapié en el bien común, en la colaboración y en los altos valores sociales en relación a los cuales no se puede no dejar de ser sensibles, se manifiesta muy sugestiva y, como lo demuestra el gran éxito alcanzado especialmente en Italia durante todo este siglo, provoca seguramente una gran fascinación. Mi impresión es, por el contrario, que ella es hija de su tiempo y que tal vez haya tenido, al menos en Italia, más fortuna de la que merecía y, además, de cualquier forma, que en la Italia de hoy día, vigente la Constitución de 1948, no sea posible seguirla"[59].

54. Son las célebres palabras de Chiovenda, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno,* (1907), en *Saggi*, cit., I, p. 385. Pero cabe observar que todos los legisladores tienen interés en el modo en que se desarrollan los procesos. Cfr. Cipriani, Franco, "*En el centenario del Reglamento de Klein" (*El proceso civil entre libertad y autoridad), en "Rivista di diritto processuale", 1995, pp. 968-1004.
55. Klein, *Vorlesungen,* cit., p. 10. Cfr. Cipriani, passim.
56. Así, compendiando el pensamiento de Klein, Chiovenda, *Le forme,* cit., p. 371. Cfr. Cipriani, passim.
57. Así, en 1901, con una no bien disimulada incredulidad, Chiovenda, *Le forme,* cit., p. 371. Cfr. Cipriani, passim.
58. Así, en 1909, con una disimulada complacencia, Chiovenda, *Lo stato attuale*, cit., pp. 418 y 419. Cfr. Cipriani, passim.

La base de este discurso quita la necesidad de analizar al principio de economía porqué piensa que el tiempo del proceso y la asunción de costos litigiosos, es una cuestión particular, propia y personal de quienes van a la justicia.

Es cierto que a partir de Klein se estudia el aspecto económico del proceso como "mal social", y que la lentitud del proceso se vea como un factor distorsionante de la economía nacional; pero tomar desde ella consecuencias tan apocalípticas, como signar la cuestión en los parámetros de la privación de libertades, parece al menos, exagerado.

Ahora bien, la razón de esta polémica la presenta Chiovenda que asocia la cuestión con el principio del impulso oficial, basándose en la idea de que el Estado está interesado en la rápida definición de los litigios una vez que surgen; y que por esto, los órganos a cargo del trámite deben tomar la iniciativa de la pronta solución de los mismos […].

"El principio opuesto parte de la idea de que el proceso civil es cosa de las partes, y de que éstas tienen derecho a disponer del tiempo de su tramitación y, a la vez, la carga de hacerse diligentes para llevarlo adelante"[60].

Precisamente, la diversidad de enfoques ha tornado confuso el objetivo del principio, pues del significado de economía pueden surgir expansiones o reducciones conforme sea el interés de quien lo interprete.

En líneas generales el principio de mentas resuelve cuestiones de política procesal. Cada una en la dimensión de sus provechos incide en el dinero, el tiempo o el trabajo, según la clásica división de Guasp cuando separa el principio en la

59. Cfr. Cipriani, Franco, *Batallas por la justicia civil,* Cultural Cuzco, Lima, 2003, p. 63.
60. Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil*, Tomo II, Reus, Madrid, 1977, p. 288.

perspectiva social de tres objetivos: "el proceso tiene que ser barato, rápido y sencillo"[61].

Eisner, sostiene que […]:

"El principio de economía procesal debe ser estudiado a través de las soluciones normativas y de los arbitrios judiciales en cuya virtud se procura asegurar:
"a) *La celeridad en los trámites*: mediante la abreviación de los plazos; la perentoriedad de los términos; la preclusión de las etapas procesales; la limitación de los recursos; la agilización del régimen de notificaciones; etcétera.
"b) *La concentración de los actos –y diligencias–*: mediante la realización simultánea de actos compatibles; la aproximación temporal de las actividades probatorias; la unificación de personería; la acumulación de acciones y de procesos; el fuero de atracción; la "perpetuatio jurisdicctionis"; etcétera.
"c) La proposición conjunta de acciones, defensas, pruebas y recursos esgrimidos en subsidio por razón de la *eventualidad.*
"d) La eliminación de vicios y defectos que obsten a la recta y ordenada estructura de la relación procesal, o sea, el *saneamiento*, mediante el ejercicio de facultades judiciales aptas para prevenir y evitar nulidades.
"e) La *elasticidad* de las formas y tipos procesales, que permita adecuar el sistema y modalidad del debate conforme a las necesidades de la litis que se ventila.
"f) La depuración del proceso, mediante la *fijación preliminar de los hechos controvertidos susceptibles de prueba;* el rechazo *in limine* de las acciones y defensas manifiestamente inadmisibles, de las pruebas inconducentes, irrelevantes e inútiles o superfluas y de los incidentes ostensiblemente infundados.
"g) La *moralización del proceso* mediante la exigencia de acatamiento a los deberes de probidad, lealtad y buena fe por parte de los litigantes y profesionales, asegurada con las facultades disciplinarias, sancionatorias y compulsivas otorgadas al órgano judicial que eviten articulaciones dilatorias y maliciosas.

61. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil,* Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961 (2° ed.), p. 26.

"h) Todas aquellas previsiones que conducen al *abaratamiento de los gastos* y dispendios abundantes, innecesarios o prescindibles y que descargan o liberan de imposiciones fiscales o causídicas; etcétera"[62].

En cambio Palacio, apegado a la necesidad de abreviar y simplificar los procedimientos, argumenta que el principio se acota a la preocupación de evitar la irrazonable prolongación de los trámites, a cuyo fin constituye de especial importancia atender las variables que la regla tiene a través de la concentración, la eventualidad, la celeridad y el saneamiento procesal[63].

La contraposición se muestra a los fines de comparar el destino que tiene el principio de economía conforme se ocupa la doctrina más calificada. En este aspecto, Chiovenda le dedicó muy poco interés por que pensaba que solamente tenía un fin utilitarista[64]; en cambio otros como Couture, Rocco y Clemente Díaz, apuntaron al sentido político que adoptaba como poder-deber del juez en la realización del proceso[65].

Unos y otros, a la vez, no han cambiado el "nomen juris" de la regla, la que nos resulta confusa y proclive a malos o dispares entendimientos. Dicho esto en el sentido de observar que el problema de la onerosidad de la justicia no es una cuestión que deba ser resuelta por el principio; como sí es menester profundizar los temas de la simplificación del trámite, para hacerlo más rápido, útil y efectivo, a tono con las exigencias actuales del debido proceso, y específicamente, con la garantía del plazo razonable.

62. Eisner, Isidoro, *Planteos Procesales,* La Ley, Buenos Aires, 1984, pp. 119/120. Cfr. del mismo autor La Ley, 146-879 y ss.
63. Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil,* Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979 (2ª ed. 1ª reimpresión), p. 285.
64. Chiovenda, *Principios…*, cit., p. 154.
65. Díaz, Clemente A., *Instituciones de derecho procesal,* Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 243; Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil,* Depalma, Buenos Aires, 1987 (3ª ed. póstuma), p. 189; Rocco, Alfredo, *La interpretación de las leyes procesales,* trad. de Mariano Ovejero, México, s/f, p. 333.

Como ya nos ocupamos del tema costos en los procesos constitucionales, veamos ahora la incidencia del tiempo en el proceso, que tiene una garantía genérica en el "plazo razonable" que se exige para la terminación de los litigios; mientras que el desarrollo, en sí mismo, debe quedar impreso en las reglas de la celeridad, evitando dilaciones innecesarias, demoras imprudentes, o períodos prolongados sin otro fundamento que la mera actuación.

De este modo el principio de celeridad se concreta con reglas especiales, que como en los casos anteriores, dependerá su eficacia del instrumento donde se la quiera aplicar. Por ejemplo, si el impulso de la causa es de oficio, el avance rápido y consistente es un deber jurisdiccional; en cambio, si la regla es la caducidad por abandono o negligencia, el desinterés de las partes no puede ser causa para la eternización de los juicios.

La perentoriedad de los plazos es otra extensión; como lo es también, la notificación automática o la preclusión de los términos.

Podetti reflexionaba que […]

> "Haciendo abstracción de las calidades éticas de jueces y profesionales, que tanto influyen sobre la pronta solución del litigio (moralidad, responsabilidad), en tres direcciones principales dentro del proceso actual, debe encaminarse la reforma que intente restablecer el principio de celeridad. Ellas son: los plazos para la realización de actos procesales de las partes, el régimen de la prueba y los plazos para que los jueces dicten sus resoluciones"[66].

Parece de más agregar que, en torno a lo explicado, giran en órbitas convergentes dos principios esenciales: el de propiciar la eficacia del servicio jurisdiccional a través de un proceso

66. Podetti, J. Ramiro, *Teoría y técnica del proceso civil,* Ediar, Buenos Aires, 1963, p. 135.

sin restricciones (legitimación amplia, prueba conducente y efectiva; sentencia útil y motivada); y de lograr que el enjuiciamiento llegue en su tiempo, que no es otro que el de los intereses que las partes persiguen cuando ponen el conflicto en conocimiento de los tribunales.

Ambos preceptos concilian y obran armónicos e interactuados, porque de no serlo, cualquier infracción al derecho fundamental de la celeridad en los procesos serviría para advertir una crisis manifiesta en el derecho al proceso debido; y si fuera así, bastaría con condenar al órgano judicial que infringe el deber de rapidez sin otro recaudo que el de pronunciarse inmediatamente[67].

En suma, de lo que se trata es de resolver la disposición puesta a nivel constitucional que pretende conseguir la eficiencia del servicio jurisdiccional de manera que las demoras inusuales injustificadas puedan generar responsabilidades civiles, esto es, pretensiones indemnizatorias que reparen el daño efectivamente adquirido por la tardanza del tribunal.

Por otro lado, para lograr una justicia oportuna depende del sistema dónde y cómo se orquesta el procedimiento; y de medidas concretas de política económica. Las primeras responden a la crisis manifiesta que proyecta la transformación de las sociedades industriales y post industriales modernas que generan una nueva demanda de justicia, con un sentido de real y efectiva igualación, por encima de la sola igualdad formal, para posibilitar el desarrollo de la personalidad humana.

> Es a la luz de esta nueva demanda de justicia que debe interpretarse la filosofía política del "Estado Social" o "promocional" o "Welfare state" que se ha traducido en un enorme aparato de legislación económico social, consecuencia de la promoción y actuación de los "nuevos derechos sociales".

67. Cfr. Gimeno Sendra, José Vicente, *Constitución y Proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 141.

> Empero, está cada vez más vasta y compleja función promocional del Estado moderno ha comportado, obviamente, formas de gigantismo gubernamental a menudo peligrosas y potencialmente agresivas. De ahí la constante búsqueda de nuevos instrumentos y métodos alternativos, para la racionalización y el control de tal aparato y, por consiguiente, para la protección contra los abusos que el mismo puede originar[68].

El segundo pilar reposa en las medidas de policía social y económica que adapten la realidad del medio con las necesidades de justicia que la sociedad reclama. No es únicamente el costo y la celeridad, sino la eficacia y la seguridad lo que se persigue en un estudio profundo de la elevación a rango constitucional o fundamental del derecho a un proceso rápido y expedito[69].

28. Principio de publicidad

El *principio de publicidad* interesa al proceso como manifestación exterior de sus actos. No ocupa, en este sentido, tanto el interés de las partes, como sí el acceso que tiene el público en general para conocer sus problemas internos. Cabe distinguir aquí entre publicidad activa, cuando el público participa directamente "viviendo el proceso"; de la publicidad pasiva, cuando el público toma noticia del proceso sin haberlo presenciado.

En estos casos la publicidad del proceso cobra relevancia por su incidencia en otros derechos de la persona, como son el derecho a la intimidad o el de protección de datos personales.

68. Cappelletti, Mauro, *Acceso a la justicia (como programa de reformas y como Método de pensamiento), trad. de G. Seminara,* en "Revista del Colegio de Abogados de la Plata", N° 41, pp. 159/160.
69. Gozaíni, Osvaldo A., *Respuestas Procesales,* 2ª parte, Ediar, Buenos Aires, 1999, pp. 199 y ss.

Por ejemplo, el registro de antecedentes penales, o el de sentencias, o toda información que surja de un expediente judicial, debe permitir al interesado el derecho de exigir que la información que se transmita sea únicamente respecto a la decisión final adoptada sin agregados. Si la sentencia decide la exclusión del hogar de una persona y el embargo de sus bienes, no se podría complementar la información indicando cuales son los inmuebles o valores afectados ni el lugar del que se lo excluye.

El Consejo de Europa ha recomendado la eliminación inmediata de todo dato personal que no sea necesario para el sumario policial, a cuyo fin se establecen tres categorías de actuaciones de investigación: en primer lugar las dirigidas a prevenir o, en su caso, reprimir amenazas graves e inminentes para la defensa del Estado, orden y seguridad pública, siempre que sean cometidas por bandas o grupos organizados; en segundo lugar, las previstas para prevenir otros peligros reales para la seguridad pública, distintos de los anteriores; y en tercer lugar, las que reprimen infracciones penales que requieran la utilización de datos personales, sean o no especialmente protegidos.

Cabe agregar que no se debe confundir este principio con otro llamado de *acceso a la información pública.*

Todos los actos de la administración son públicos. Los interesados tienen derecho a obtener, en cualquier tiempo, informes, copias, reproducciones y certificaciones que soliciten y la exhibición de los expedientes que deseen consultar, salvo que se trate de asuntos militares, o diplomáticos de seguridad nacional o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia.

Este principio que informa la garantía del ciudadano como control sobre la administración pública, se puede explanar en el campo judicial como derecho de acceso al expediente como "cosa pública".

Sin embargo, hay que diferenciar el derecho a obtener información que se puede exigir al Estado mediante el requerimiento a una conducta determinada; de aquel que le corresponde al interesado en saber los sucesos de un expediente judicial.

En el primer caso, el derecho a la publicidad de los actos administrativos, responde a las garantías de fiscalización pública que se tienen en un sistema democrático y republicano; en cambio, la información judicial puede ser secreta o reservada de conformidad con la índole de las cuestiones que se desenvuelven. En estos casos, el acceso puede ser prohibido sin mella en garantía alguna.

Reunidos los derechos se espejan con los intereses en juego y por consiguiente en la necesidad de ser armonizados para encontrar un ecuánime balance entre la necesidad de confidencialidad del gobierno y el de la información del público y la prensa, amén de la promoción de la democracia. Esta finalidad que determina el marco de la institución que nos ocupa ha marcado sus límites en los cuales al ser el Estado, por así decirlo, el sujeto pasivo de la relación jurídica que se entabla son diferentes de los trazados al derecho a la información, en relación con la vida privada y el derecho de acceso a la información personal. Sus límites están fijados por razones de interés estatal: seguridad, defensa, secretos diplomáticos, de interés social: averiguación de delitos: o de interés de terceros: protección de la intimidad de terceros, datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia.

En nuestra opinión, el derecho de acceso previsto en el artículo 43 constitucional, como un derecho a la información, no se puede confundir con el derecho de entrada o conocimiento de las actuaciones administrativas, documentos o archivos de carácter público. Si la inteligencia que se acuerde a la norma fundamental es demasiado amplia, podría llegarse a vulnerar aspectos importantes del secreto y confidencialidad que tiene el Estado y los mismos particulares para que no revele información que es naturalmente confidencial[70].

29. Iura novit curia

"El juez conoce el Derecho" manifiesta la expresión; sin embargo, la traducción no sería apropiada para el aforismo *iura novit curia*, pues correspondería decir *ius novit curia*[71].

> Informa Sentís Melendo, repitiendo la investigación de Augenti, que en el siglo XIV estaba en vigor el principio que traducimos, aunque resulta posterior la interpretación asignada pues en aquel siglo, la voz *iura* no se utilizaba para significar el derecho objetivo sino los derechos subjetivos; mientras que en aquellos, y más si se pretendía contraponer el derecho con los hechos, se usaba siempre la voz *ius*[72].
>
> Pero lo más curioso proviene del origen auténtico que tiene la voz, pues nace del exabrupto de un juez que fatigado por las

70. Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional – Hábeas Data,* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2001, p. 156.
71. El juicio de la oración es *curia* (Tribunal, Corte, Juez), que es la forma de nominativo singular, femenino, primera declinación de *curia, curiae*. El verbo *novit*, que es la tercera persona del singular, del pretérito perfecto (con valor de presente, porque el verbo es incoativo), de *nosco, noscis, noscere, novi, notum*. La otra palabra es el complemento directo, acusativo del neutro *ius, iuris*, que en su forma *ius* es singular y significa *derecho*; y en su forma *iura* es plural y significa *derechos* (Cfr. Sentís Melendo, Santiago, *Iura novit curia,* en *Revista de Derecho Procesal* , 2da. parte, editorial Ediar, Buenos Aires, 1947, p. 209).
72. Augenti, Giacomo Primo, *L'onere della prova*, Roma, 1932, pp. 42 y ss. Cfr. Sentís Melendo, ob. cit., p. 209.

disquisiciones jurídicas del abogado, lo interrumpió exclamando: "*Venite ad factum. Curia novit ius*", es decir, aproximadamente, abogado, pasad a los hechos; la Corte sabe el derecho[73].

La noción exacta quedó enmarcada en el deber que tienen los jueces de aplicar el derecho positivo que han de conocer; aunque tiempo después se aligeró la obligación comprendiendo que el derecho debía creerse justo, permitiendo entonces, que la función judicial interpretara el caso y subsumiera en él la norma precisa que lograra satisfacer los principios de justicia y equidad.

De igual modo, el precepto evita que el magistrado quede atrapado por los errores hipotéticos de planteos propuestos por las partes fundados en normas desajustadas con la causa.

Al mismo tiempo, el sentido jurídico que del término proviene genera una obligación demasiado estricta para un sistema legal como el nuestro donde el derecho positivo se plasma a diario en diversidades normativas que el "juez tiene el deber de conocer".

Por eso, nos parece apropiado dar inteligencia al precepto tomando de él lo que puede ser auténtico, despojándolo de proyecciones de imposible cumplimiento.

Es decir, el precepto *iura novit curia* afincado como deber del oficio para aplicar el orden jurídico local tiene una comprensión más que amplia cuando se la expresa sin referencia a un hecho concreto. Esto es, cuando se dice que los jueces tienen el deber de conocer el Derecho.

En cambio, ante una situación concreta deducida, el proceso se califica por la relación jurídica entablada y dentro del

73. Cfr. Sentís Melendo, ob. cit., p. 210.

espacio que el principio dispositivo permite. Al juez le corresponde aplicar las normas jurídicas con prescindencia de los fundamentos que las partes enuncien, sin que pueda modificar el encuadre fáctico proveniente de la *litis contestatio*.

En el medio de ambas posibilidades se ubican las denominadas *lagunas del derecho*, y específicamente, el que prohíbe a los jueces no pronunciarse cuando no encuentran normas adecuadas al *sub lite*, o sean ellas insuficientes o ambiguas.

El artículo 11 de la Constitución vigente dice en los apartados siguientes […]

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. 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.

Con el uso de este principio el deber judicial encuentra indelegables poderes que tiene el compromiso de actuar. Uno de ellos asienta sobre la sentencia que debe superar la incertidumbre o la inobservancia legal, sea porque el conflicto no tenga claro cuál es la norma aplicable, o sabiéndolo, se omite deliberadamente su cumplimiento.

Le corresponde al juez, en consecuencia, determinar el Derecho en el caso concreto[74], y eventualmente, ejecutar forzosamente su pronunciamiento, porqué así interesa al Estado y al particular que tiene un derecho consagrado. Esta derivación del razonamiento aplicado sobre los hechos motiva el llamado juicio lógico de la sentencia, y demuestra porqué al juez no le interesa el derecho que las partes invoquen, sino aquél que en su íntimo convencimiento resulta justo y adecuado a las circunstancias efectivamente comprobadas de la causa.

Justo, porqué en definitiva, el pronunciamiento jurisdiccional es una misión de justicia equitativa y distributiva; y *adecuado*, en la medida que también en la sentencia se concreta un acto de voluntad destinado a someter y vincular a las partes del conflicto.

74. Rocco, Alfredo, *La sentencia civil*, trad. Mariano Ovejero, editorial Cárdenas, México, 1985, p. 49.

Son las dos caras del Derecho que en una causa cualquiera perviven: el derecho objetivo, fríamente interpretado y armonizado con las cuestiones de facto; y el derecho subjetivo, visto en la perspectiva de los valores en juego y de la justicia particular que a través de la decisión se consigue.

¿Dónde anida el principio en estudio, en ambas situaciones?

El juez que aplica el derecho positivo tiene un deber constitucional proveniente del compromiso de fundamentación de las sentencias. El apartamiento inequívoco produce vicios de motivación generalmente atacados por la vía de la *arbitrariedad* o *inconstitucionalidad* de las sentencias.

Mientras que la valoración importa describir un estado subjetivo de las conductas analizadas, circunstancia que se atacan como *errores in iudicando* o de juzgamiento.

De este modo, se comprueba que en el primer trazado el *iura novit curia* se aplica sin restricciones, pues está inmerso en el deber de conocimiento del oficio de la magistratura. En tanto, la segunda hipótesis depende de variables distintas, como son la alegación del derecho por las partes, la interpretación del juez, la integración normativa, o la correspondencia con ciertos estándares de regular aplicación.

Evidentemente, lo corriente es lo primero, aun cuando se indique que el derecho subjetivo puede ser citado por las partes en cualquier momento del proceso, pero siempre que *"se vincule a la relación jurídica determinante de la acción"*, y que *"no comporte una nueva acción o una rectificación del derecho invocado, pues el derecho en sí, no es norma en particular"*[75].

75. Sentís Melendo, ob. cit., p. 219.

30. El plazo razonable

Dejamos para el final este capítulo del debido proceso, en la medida que actualmente, su paso por las reglas procesales ha venido a instalarse en el terreno de las garantías.

Es que nuestros modelos procesales llegaron de la Ley de Enjuiciamiento civil española de 1881, que fue un sistema de procedimientos comunes pensado para un modelo constitucional donde se desconfía en los jueces, toda vez que, cuando se trata de interpretar la norma fundamental, la tarea se delega en el Tribunal Constitucional. De este modo, el tiempo del proceso era el que las partes dispusieran.

Pero en materia constitucional, propiamente dicho, venimos repitiendo mansamente a "*Marbury vs. Madison*", afirmando sin cuestionamientos que hemos adoptado el método difuso para el control de constitucionalidad, y que le hemos adosado un control abstracto y también específico para los procesos constitucionales, donde la actuación principal es de la Corte Constitucional.

Esta historia hoy se puede revertir si se adopta cabalmente la influencia de lo transnacional en los contenidos de un nuevo proceso: un debido proceso americano que tenga como base la igualdad entre latinoamericanos que necesitan de un modelo común.

Entre los contenidos esenciales que modifican la tradición conceptual del debido proceso, aparece la regla del plazo razonable para determinar los tiempos que debiera insumir un procedimiento judicial.

Desde una perspectiva más amplia suele nominarse como el derecho a un proceso rápido, sencillo y eficaz, interesando en cada adjetivo un aspecto puntual a resolver.

Sin embargo, "plazo razonable" es un concepto indeterminado y, como tal, puede tener lecturas diferentes y hasta contradictorias entre sí, porque como suele ocurrir cuando se realiza interpretación, las opiniones tienen sentidos y objetivos, como sensaciones e influencias que afectan los criterios a seguir.

La LOGJCC propone un derecho a la celeridad del proceso jurisdiccional entre los terrenos abonados por la evolución de los derechos humanos, y en esa categoría, se convierte en un derecho fundamental que supone dos obligaciones inmediatas: *a)* reconocer el carácter de garantía procesal interna para asegurar un proceso rápido, eficaz y expedito, y *b)* admitir que se tiene un compromiso internacional al haber incorporado los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos que, expresamente, contienen este derecho fundamental.

Obviamente, este emplazamiento conduce a evidenciar responsabilidades por la demora inusual, de manera tal que el derecho a evitar un proceso con dilaciones indebidas, supone también encontrar responsables que indemnicen al perjudicado por la rémora judicial.

En suma, un proceso desenvuelto en los límites de un período razonable depende de numerosas contingencias, donde anidan múltiples proyecciones que impiden definir un tiempo para todos como si esta fuera la mejor solución. Por eso, es preferible aplicar en la idea una variable íntimamente relacionada, como son las *dilaciones indebidas*, de modo tal que el proceso pueda evitarlas para llegar con cierto éxito a dicha necesidad de eficacia temporal.

30.1 El tiempo y el proceso

El tiempo y el proceso pueden abordarse desde dos vertientes. La primera, parte desde los principios procesales que organizan el desarrollo del procedimiento. El siguiente, enmarca la cuestión desde la realidad, es decir, midiendo en términos de lentitud o celeridad la eficacia que del servicio judicial se transmite.

Veamos entonces, esta primera etapa del estudio, para observar de qué manera ha propiciado el derecho procesal resolver la continuidad del trámite y la rapidez dispuesta, sin que el principio lleve a creer que la sentencia supone la línea de llegada para un conflicto donde lo importante es llegar antes que otro. En realidad la pretensión es que la última decisión se obtenga en un tiempo acorde con la mutua satisfacción de los intereses contrapuestos.

La rapidez del proceso se fundamenta en el principio de economía procesal.

Celeridad y concentración se integran para dar unidad e inteligencia al principio; pero también ambos reciben la influencia de otros presupuestos o reglas notables que inciden para la buena marcha del litigio, relacionándose entonces, el principio de eventualidad, de saneamiento y otros que se anexan en etapas específicas del trámite (v.gr.: adquisición, preclusión, entre otros).

Algunos autores consideran que no es correcto tomar del principio de economía procesal el objetivo de la rapidez, porque ello depende de otro principio que es el de celeridad; de todos modos, si el fin es lograr un proceso ágil, rápido y efectivo, en el menor tiempo, habrá que poner el acento en las características que se persiguen conseguir, sean éstas acentuadas en

la conducta que de las partes se espera, o en la simplificación de la estructura del procedimiento.

Por tanto, la economía de esfuerzos (primer aspecto del principio) acierta para definir algunas condiciones, mientras que la celeridad será una consecuencia del empeño propuesto para dar eficacia al proceso. A su vez, esa celeridad se apoya en otras pautas previstas para diseñar un trámite determinado, sin perjuicio de las que se dirigen a quienes litigan ante la jurisdicción.

En base a ello, el principio de economía procesal orienta al justiciable para obrar con interés y celeridad, poniéndole condiciones técnicas a sus actos.

30.2 El principio de eventualidad

Uno de los requerimientos metodológicos referidos es el principio de *eventualidad*. Consiste en pedir de las partes que todos los actos de postulación, ataque y defensa, se articulen oportunamente, de acuerdo con las etapas preclusivas del proceso; de modo tal que cada uno de los planteos deducidos en el curso de un litigio deban presentarse en forma simultánea y no sucesiva, esto es, prohibiendo el ejercicio *ad-eventum* que supone dejar abierta una posibilidad o alternativa si la petición principal fracasa.

Son ejemplos de la regla, el oponer a un solo tiempo todas las defensas y excepciones que se tengan contra el progreso de la pretensión; el ofrecimiento de la prueba, etc.

El postulado se encuentra estrechamente unido al principio de concentración y al de preclusión de los actos procesales que es una consecuencia del primero. Anida en el espíritu del precepto lograr que las partes utilicen el proceso como un

medio legítimo para resolver sus problemas, siendo clara entonces su relación con la moralidad intrínseca que procura.

Ahora bien, así como las partes tienen un deber de conducta y una obligación técnica que observar, también el juzgado interviniente tiene ambos requerimientos.

30.3 El principio de concentración procesal

De *concentración* se puede hablar con distintas variantes. El meollo de la cuestión radica en cumplir todas las secuencias del procedimiento en la menor cantidad posible de actos.

Claro está que la adscripción a la oralidad o a la escritura subordinan las modalidades del tipo; pero la interpretación cabal de la idea está en resumir la actividad a las etapas necesarias, útiles y conducentes, eliminando las que fuesen superfluas o inoficiosas.

Su inclusión en la celeridad obedece al complemento que requiere para dar plenitud al principio; es decir, la concentración por sí sola tendría poca utilidad si el acto secuencial que corresponde no se cumple en el tiempo más próximo posible respecto al que le precede.

30.4 El principio de preclusión

La preclusión se articula con el orden progresivo de los actos procesales. Si éstos tienen una escala que significa cumplir los actos en los períodos asignados; ello significa que el transcurso de una fase para seguir a otra consume la oportunidad y extingue el tiempo ofrecido para hacerlo.

Esa preclusión origina tres posibilidades diferentes: en la primera, puede suceder que se pierda la alternativa o facultad de alegar por haber transcurrido la oportunidad otorgada en los plazos del procedimiento.

Aquí la preclusión castiga la inercia del interesado, dando por perdida la ocasión. En segundo término, si un acto procesal se cumple en una etapa equivocada queda privado con ello de obrar adecuadamente en la instancia en curso; se habla entonces, de *preclusión por extinción*. Con ella, el error impide regresar reparando el equívoco. También aquí la preclusión opera como sanción al descuido.

Finalmente, la preclusión actúa por *consumación* cuando ya se hubiera ejercido válidamente la facultad de que se trata y se persigue reiterar el mismo acto. Cumplido, no es posible repetirlo aún bajo el pretexto de mejorar o integrarlo con elementos involuntariamente omitidos en la primera ocasión.

Tal como se presenta, el principio de preclusión se vincula con el de impulso procesal. Como una derivación de ambos llegan la *caducidad* y la *negligencia* como presupuestos de control a la celeridad del proceso.

La *caducidad* se ocupa de sancionar el abandono total o parcial del proceso, tarifando el tiempo de acuerdo a la naturaleza del trámite; o bien, teniendo por decaída, de oficio o a petición de partes, la producción de ciertas pruebas ofrecidas.

La *negligencia*, en cambio, refiere a la morosidad de la parte para cumplir con la prueba, generando con su actitud un retardo en el desarrollo de la causa.

En rigor de verdad, el impulso procesal fundamenta la rigidez de los plazos y las modalidades con que se sanciona la inactividad procesal.

30.5 El principio de saneamiento

Este no es un principio destinado a las partes, sino al Juez y, en particular, se instala entre sus facultades o poderes de dirección.

Se procura expurgar aquellos vicios que inducen al entorpecimiento de la causa, o que provocan dificultades para reconocer el objeto en discusión, generalmente destinados a prolongar el proceso o impedir su rápida finalización.

Concilian con este principio, otros tales como el de autoridad, moralidad y celeridad procesal.

En el campo de la celeridad procesal, el principio pretende dos objetivos: *a)* depurar al proceso de vicios que inciden en la utilidad del litigio, y *b)* asegurar que el objeto del proceso se encuentre precisamente determinado, liberándolo de manifestaciones dispendiosas o de pruebas inconducentes que sean, en definitiva, un estorbo insalvable para resolver.

Varios principios confluyen en la estructura del instituto; en efecto, la economía procesal, definida como la aplicación de un criterio utilitario en la realización empírica del proceso con el menor desgaste posible de la actividad jurisdiccional, consagra la finalidad esencial del instituto. De su interpretación llegamos al principio de concentración de los actos procesales que con fórmulas simplistas y seguras persigue la eficacia de la tarea jurisdiccional.

En este tramo se ubica el principio de saneamiento o de expurgación, en cuya virtud, todas aquellas cuestiones susceptibles de impedir o entorpecer la marcha regular del proceso pueden ser evaluadas por el tribunal.

30.6 El principio de adquisición

Este es un concepto técnico que armoniza con la celeridad procesal en cuanto a reunir en beneficio del litigio toda alegación, prueba y postulación que efectúen las partes.

Significa que la actividad de los contradictores beneficia o perjudica a cualquiera de ellos, inclusive puede regresar contra la voluntad de aquél que solicitó determinado cumplimiento (v.gr.: en la prueba de absolución de posiciones, cada posición importará para el ponente, el reconocimiento del hecho a que se refiere).

Cuando hablamos de adquirir, pensamos en todo lo que se incorpora al proceso, y siendo éste el producto de una actividad generada a partir de una relación tripartita, va de suyo que la utilidad de los actos que reporte cada uno, serán en beneficio de aquella unidad que, justamente, tiene el proceso.

Llegado al litigio un hecho, una afirmación, una prueba, no importa quien la dice ni quien la aporta, ella se adquiere para la comunidad de intereses en juicio.

30.7 Los plazos y términos para el ejercicio de la función jurisdiccional

Los plazos procesales se estudian desde ópticas distintas, permitiendo alcanzar conclusiones igualmente diferentes conforme el ángulo de observación analizado.

Una de estas variables consiste en dividir los plazos en *propios* e *impropios*. Los primeros, se dirigen al interesado que plantea pretensiones ante la jurisdicción, a quien se lo somete a exigencias de tiempo, espacio y forma que se amparan bajo el principio de legalidad instrumental.

Los llamados plazos *impropios* son aquéllos destinados al órgano judicial que interviene resolviendo la controversia. Estos tiempos no tienen control de las partes, ni determinan consecuencias graves (como sí ocurre con los plazos propios) porque la mayor sanción que reciben son disciplinarias o económicas.

De este modo, los períodos que transita la actuación judicial se convierten en una herramienta propia del doble discurso que tiene el principio de celeridad procesal. Mientras al abogado se lo sanciona con la pérdida del derecho o la caducidad de la instancia, al Juez simplemente se lo amonesta.

> Explica Ramos Méndez que es útil distinguir entre los plazos *impropios*, que por regla organizan la actividad jurisdiccional (plazos para notificaciones, señalamientos, dictar las resoluciones, etc.), de los plazos *propios*, que regulan la actividad de las partes en el proceso. La inobservancia de los primeros genera tan solo responsabilidad disciplinaria: Dicho evento será corregido disciplinariamente según la gravedad del caso, sin perjuicio del derecho de la parte agraviada para reclamar la indemnización de perjuicios y demás responsabilidades que procedan.
> Incluso, agrega el profesor de Barcelona en otra obra, que el mero enunciado de la distinción y atribución de distintos efectos a uno y otro tipo de plazos es de suyo el reconocimiento del relativo fracaso de someter a disciplina procesal a la jurisdicción.

La ambivalencia se refleja en los efectos que tiene el incumplimiento de los tiempos legalmente previstos. Para las partes los plazos son perentorios y fatales, mientras que los términos precluyen sin posibilidad de repetición; en cambio, el

órgano jurisdiccional solamente recibe pocas sanciones cuando no cumple sus tiempos.

Para comprender con mejor definición como se articula el derecho a tener resuelto un proceso judicial en un *plazo razonable*, es conveniente recordar la doble lectura que tiene el debido proceso como resguardo del derecho de defensa o como garantía integral para la efectividad del proceso.

Los tratados y convenciones sobre Derechos Humanos, sumado a la interpretación jurisdiccional que de ellos realizan los tribunales supranacionales, además de la influencia que ejercen los organismos internacionales y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, todos en conjunto, concitan un llamado a modificar la tradición conceptual del derecho de defensa, para aumentar la garantía hacia un calificación más amplia del *debido proceso*.

Este proceso no ha de ser un simple procedimiento tomado de los ordenamientos procesales, es preciso reformular el método y la ideología, con el fin de propiciar la eficacia del servicio jurisdiccional a través de un proceso sin restricciones (legitimación amplia, prueba conducente y efectiva, sentencia útil y motivada); y de lograr que el enjuiciamiento llegue en su tiempo, que no es otro que el de los intereses que las partes persiguen cuando ponen el conflicto en conocimiento de los tribunales.

> De alguna manera es una reconversión del derecho subjetivo, que conservando la noción de tutela perseguida, exige de ahora en más, que la protección (la sentencia) llegue oportunamente; es decir, cuando se necesita seguridad y certidumbre, evitando las sentencias que por el paso del tiempo pierden interés de los justiciables.

Se propicia trabajar los conceptos en armonía, porque de no hacerlo, cualquier infracción al derecho fundamental de simplicidad, celeridad y eficacia en los procesos, serviría para encontrar manifiesto el incumplimiento en el derecho al proceso debido; y de resultar así, bastaría con condenar al órgano judicial que infringe cualquiera de estos deberes.

Además, en la idea de sencillez, brevedad y eficacia implícita, no pueden eludirse las categorías de problemas y conflictos, en la medida que es muy distinta la prioridad que merece una controversia privada respecto de una crisis constitucional; recordando al efecto que, en América, la actuación jurisdiccional cubre varios frentes que en Europa se desgranan en tribunales independientes, ejerciendo una verdadera "administración de justicia", antes que un Poder auténtico como el que tiene el método difuso de actuación constitucional de los jueces americanos.

Lo que no hay que hacer es vincular celeridad con demoras incorrectas para deducir de ello la responsabilidad del órgano jurisdiccional; este no es el tema del acápite, pues existen procesos rápidos con lentitudes provocadas por el mismo sistema, así como hay juicios ordinarios que se resuelven con apuros intencionados.

En realidad, la conexión trata de establecer un plazo razonable, adecuado a las circunstancias de cada conflicto, pero siempre asociado al principio de economía procesal y de eficacia de la institución.

Debe quedar en claro que la rapidez no supone establecer una finitud perentoria, vencida la cual el proceso quedaría anulado. Solamente es un marco referencial que significa distribuir en cada etapa del procedimiento la mayor parte de actos de impulso y desarrollo, de modo tal que se permita, en el menor

número de ellos, alcanzar el estado de resolver sin agregar trámites.

La rapidez prevista como destino tiene en cuenta las características del objeto a resolver; la presencia de partes múltiples; las dificultades de encontrar el Juez competente o la jurisdicción a intervenir; la complejidad del asunto; entre muchas otras variables que obligan a dar pautas, antes que condiciones de tiempo preciso.

No es posible establecer una regla finita como se ha establecido en el proceso penal cuando establece como criterio de orientación el plazo de dos años sin resolver la situación procesal del individuo detenido. Ello así, porque la razonabilidad de un plazo se debe compulsar en su contexto específico, sin más limitación que el sentido común.

> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sigue al Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando expresa que, hasta que recaiga sentencia condenatoria, el acusado debe ser considerado inocente y la finalidad del precepto que otorga derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es, fundamentalmente, que se conceda la libertad provisional desde que la continuación de la detención deja de ser razonable. Por ello, esta razonabilidad de la medida, o de un plazo, debe apreciarse en su circunstancia, toda vez que no existen criterios generales de validez universal.
> Según Albanese, la interpretación de la Comisión se refiere al alcance del art. 7 de la Convención Americana y la afirmación del derecho a la libertad. El principio de legalidad que establece la necesidad de que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un período de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal. De otro modo, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a los culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad[76].

La obligación de celeridad se asume como un deber de la jurisdicción y como una potestad del justiciable, por tanto, asume esa doble configuración de compromiso judicial por la rapidez y de derecho esencial del hombre.

De esta síntesis se desprende que el "plazo razonable" que se menciona en los documentos transnacionales incorporados a la legislación interna, puede ser considerado como un derecho humano o como una obligación internacional, pero aquello que lo caracteriza es precisamente que se trata de una *garantía procesal* y, por consiguiente, que genera una expectativa individual ante la actuación de los Poderes públicos, así como los mecanismos para hacerla efectiva.

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, corresponde a los jueces competentes considerar los asuntos que ante ellos se plantean, auspiciando una cobertura completa que cubra espacios para el acceso, la contradicción oportuna y una sentencia fundamentada, todo ello en un tiempo ajustado a los intereses en litigio y de acuerdo con sus propias circunstancias.

> La Corte Interamericana ha interpretado este conjunto de garantías, estableciendo que según la Convención Americana, los Estados partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos, recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados de afianzar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por el Pacto a toda persona

76. Albanese, Susana, *Garantías Judiciales*, editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 13. También en *El plazo razonable en los procesos internos a la luz de los órganos internacionales,* en "La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales", compiladores Martín Abregú y Christian Courtis, editorial El Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 34 y ss.

> que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1) (Informe de la Comisión del 22 de diciembre de 1999 *in re* "Ellacuria, Ignacio").

El hecho de que los retrasos no sean imputables a conducta dolosa o negligente alguna, sino al exceso de trabajo que pesa sobre determinados órganos judiciales, puede exculpar a los Jueces y Magistrados de toda responsabilidad personal, pero no priva a los ciudadanos del derecho a reaccionar frente a los retrasos, ni permite considerarlos inexistentes o, dicho con mayor exactitud, no autoriza a considerar que la dilación no es injustificada, sin prueba alguna de que se haya intentado agotar todos los medios que las circunstancias permiten para evitarla.

Cuando la vulneración del derecho al proceso sin dilaciones indebidas no se invoca frente a una situación de simple inactividad, sino como reacción frente a la tardía producción de un determinado acto, el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho sólo puede alcanzarse liberándolo de las consecuencias dañosas que la dilación le haya ocasionado.

La normativa vigente ha de interpretarse en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental a la tutela Judicial efectiva, pues aunque las formas y requisitos del proceso cumplen un papel de capital importancia para su ordenación, no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su prosecución, con repudio de formalismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma, pero teniendo asimismo en cuenta que no puede dejarse al arbitrio de cada parte el cumplimiento de los requisitos procesales y la disposición del tiempo en que ha de cumplirse.

Dicho esto, existe un planteo final a resolver, que asienta en la dicotomía radical que permanece en todos los Convenios sobre Derechos Humanos.

Una clara finalidad del sistema creado, es suministrar un remedio al individuo para lograr una suerte de cuarta instancia que revise las acciones del Estado frente a los compromisos asumidos al ratificar los Tratados e incorporarlos a su derecho interno. Pero, además, esta acción positiva del Estado introduce un cambio sustancial en el principio de la supremacía constitucional, porque aun cuando se diga que los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos tienen una jerarquía menor a los dogmas constitucionales, lo cierto es que esto es un dato menor frente a los hechos que revisa la jurisdicción supranacional. De todos modos, el derecho interno se convierte a suertes del estudio transnacional, en hechos relevantes que se constatan y confrontan sin excepciones.

Por tanto, la misión de estos sistemas de protección a los derechos humanos, no piensan ni se detienen en sistemas procesales, sino en el conjunto de garantías aceptados como reglas mínimas que ningún Estado puede interpretar a su antojo.

30.8 El impulso procesal y la inmediación

Se afirma que,

> "una vez que la intervención de los tribunales constitucionales ha sido legalmente requerida, éstos deben actuar de oficio y con la mayor celeridad posible, sin que pueda invocarse la inercia de las partes para retardar el proceso. Por consiguiente, los plazos establecidos por la ley no pueden prorrogarse por ningún motivo, por lo que los retardos injustificados de los funcionarios judiciales respectivos deben ser sancionados disciplinariamente, sin perjuicio de otras acciones que pudieren caber contra el culpable del retardo"[77].

77. Hernández Valle, ob. cit., p. 97.

El impulso del proceso a cargo del tribunal no puede interpretarse como una apropiación indebida del principio dispositivo, según el cual el proceso se inicia y desenvuelve a pedido de parte. Recordemos que la finalidad del proceso constitucional excede el interés particular, de manera que no existe sacrificio de ningún derecho, y menos aún expoliación de una garantía.

La necesidad de actuar continuamente, se relaciona con el principio de celeridad, que supone concentrar actuaciones y renovar el debate únicamente cuando sea estrictamente necesario. Conocido el conflicto constitucional, el deber es resolverlo con rapidez.

Ahora bien, el problema de la *rapidez* no supone adherirlo a la *dilación indebida*, porque sólo se trata de establecer un plazo razonable, adecuado a las circunstancias de cada conflicto, pero siempre asociado al principio de economía procesal y de eficacia de la institución.

De suyo, un esquema como el predispuesto es posible solamente con un Juez o Tribunal que interviene directamente en el caso; que lleva la dirección material del proceso y que resuelve actuando con conocimiento directo de la controversia. No es el Juez que espera los resultados de las acciones de las partes, los alegatos de ellas y la relación de hechos y derecho que le puede informar un secretario; todo lo contrario, es un principio irrestricto del proceso constitucional la inmediación procesal.

Capítulo VI

El control de convencionalidad en Ecuador

31. Concepto de convencionalidad

La incorporación a un sistema jurisdiccional supone contraer obligaciones que surgen del mismo pacto o convención celebrada. Cuando la inscripción se realiza por adhesión, se acepta que el adherente formule reservas que dejen fuera alguna de las disposiciones o efectos que el tratado conlleva.

La recepción en el derecho interno de normas internacionales proviene bajo dos modalidades. Algunas veces se acuerdan entre Estados o grupos de ellos dando lugar a un régimen consensuado, que suma al ordenamiento jurídico local normas privadas o públicas según el caso. En otras ocasiones, la admisión es producto de una resolución soberana que por ley interna del Estado decide sumarse a un orden jurídico de carácter transnacional, como es en el caso, el derecho internacional de los derechos humanos proveniente de la Convención Americana.

De este modo, el control de convencionalidad puede ser analizado como un deber implícito en la Convención Americana, y alojarse entre lo indisponible para los Estados parte; o bien, quedar interpretado como una actividad de los tribunales locales que tendrán que orientarse con las decisiones

adoptadas por los órganos del Sistema IDH, sin que ello deriva en un régimen de acatamiento absoluto.

Para Carlos Ayala Corao […]

> Los Estados partes de los tratados sobre derechos humanos como es el caso de la CADH, asumen la obligación internacional de "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna". Estas obligaciones de respeto y garantía de los derechos reconocidos en la CADH, se complementa con la obligación internacional específica de cada Estado, de adoptar las disposiciones necesarias en su derecho interno, para que tales derechos sean efectivos. En este sentido, de conformidad con la CADH, si en el ejercicio de esos derechos no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes "se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".
>
> Se trata por tanto, de una obligación *totalizante*, ya que comprende y compete a todos los órganos del poder público del Estado, ello es, tanto legislativos, como de gobierno, administrativos y judiciales. De esta manera, todos los órganos del Estado deben respetar y garantizar los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos, como es la CADH. Pero además, si por cualquier razón no lo han hecho así (ya sea que por acción errada, por negligencia, omisión o ineficacia), los Estados deben entonces adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos dichos derechos.
>
> Estas medidas necesarias para asegurar los derechos convencionales, pueden ser por tanto de diversa naturaleza, ya sean constitucionales, legislativas, reglamentarias, administrativas, electorales, judiciales o de cualquier otra, dependiendo del reparto competencial contenido en las constituciones de cada Estado. Se trata por tanto de una obligación de resultado, es decir, de "hacer efectivos tales derechos", que debe emprender el Estado de buena fe en el marco de sus compromisos internacionales[78].

La posición del experto jurista venezolano presenta una visión propia de quienes enfocan el tema desde el derecho internacional, asumiendo como punto de partida que el concepto de soberanía está aislado del criterio tradicional.

El problema radica en que las Constituciones, y especialmente la Ecuatoriana, afinan el principio de autodeterminación y consagra en los artículos 10 y 11 de la Carta Fundamental el principio de jerarquía utilizable para el control constitucional.

De ello se deriva que los jueces deben resolver caso por caso; interpretar en cada uno la teoría del mejor rendimiento a los preceptos constitucionales, y en cuestiones no reguladas, regirse por los derechos implícitos y de cuanto surge del conjunto de derechos fundamentales que se incorporaron como un bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, dentro del conjunto normativo sumado en este acumulado están los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, que tienen un sistema propio de interpretación mediante los organismos que lo componen (Comisión y Corte IDH), ofreciendo al mismo tiempo, la posibilidad que sean los tribunales locales los que realicen, también, una lectura propia adaptada a cuanto dicen las normas o los órganos que le dan inteligencia de aplicación a lo convencional.

En consecuencia, entre el control constitucional local y el control de convencionalidad se puede encontrar un conflicto de jerarquías y de opiniones eventualmente contrarias.

78. Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional n° 72, Porrúa, México, 2013, pp. 104 y ss.

32. Precisiones de la Corte IDH

El Sistema Interamericano de protección a los derechos humanos es producto de una convención internacional que crea organismos de ejecución e interpretación a los que cada Estado parte puede, o no, reconocerles jurisdicción.

Precisamente, como es un ordenamiento jurídico que se agrega al derecho interno por adhesión, quien lo toma solo puede formular reservas sobre aspectos muy puntuales, sin que ello pueda llevar a obstruir el conjunto normativo dispuesto.

El control de convencionalidad es una forma de proyectar la obligatoriedad del sistema adscripto, pero al ser una función consecuencia de la actividad que los organismos cumplen, se plantea el dilema de aceptar cuanto ellos dicen y aplican, en toda la extensión que resuelven.

La Corte Interamericana, a sabiendas de este compromiso, ha dicho que […]

> La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "*control de convencionalidad*" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe 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[79].

La voz "control de convencionalidad", fue aplicada por vez primera en el año 2003 en el caso "*Myrna Mack Chang*", a través del voto razonado del juez Sergio García Ramírez[80]. Es cierto que lo hace como "al pasar", porque el jurista mexicano quiere significar la importancia de encontrar un criterio coincidente para que las reparaciones sean acordes con el mejor sistema de justicia para el hombre.

El párrafo que aludimos dice […]

> Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del "control de convencionalidad" que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.

Tiempo después, en el citado caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte IDH refiere a una "especie" de control de convencionalidad, poniendo entre las obligaciones del derecho interno, la actuación conforme al Pacto de San José y de cuanto de ella haya interpretado la jurisprudencia del tribunal.

79. Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (párr. 124).
80. Corte IDH. Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C N° 101.

Pero no va a ser sino hasta el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, cuando el voto de García Ramírez explica el significado y contenido del control de convencionalidad. Esta vez lo hace con fundamentos ampliados, claros y concretos […]

> En la especie, la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris convencional* de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos.
> Es perfectamente conocida la cadena jurisdiccional de medios de control de actos de autoridad, que bajo diversos criterios competenciales –y no siempre conforme a un sistema de instancias que represente nuevas etapas de un mismo proceso–, procura ajustar a derecho los actos de las autoridades. Esto se hace, en el ámbito que ahora me interesa invocar, cada vez que se realiza un juicio de legalidad (en el sentido de adhesión del acto analizado a la norma que debe presidirlo, en los diversos planos de la jerarquía normativa): por el órgano de alzada en relación con el órgano de primera instancia; por la autoridad de casación acerca de la decisión judicial cuestionada; por el Tribunal Constitucional a propósito de actos de diversas autoridades nacionales, y por el tribunal internacional en lo que respecta a hechos atribuibles a un Estado que ha reconocido la competencia de aquél para resolver asuntos contenciosos surgidas en el ámbito interno.
> […] En el desarrollo de la justicia constitucional ha aparecido una jurisprudencia de principios y valores –principios y valores del sistema democrático– que ilustra el rumbo del Estado, brinda seguridad a los particulares y establece el derrotero y las fronteras en el quehacer de los órganos del Estado. Desde otro ángulo, el control de constitucionalidad, como valoración y decisión sobre el acto de autoridad sometido a juicio, se encomienda a un órgano de elevada jerarquía dentro de la estructura jurisdiccional del Estado (control concentrado) o se asigna a los diversos órganos jurisdiccionales en lo que respecta a los asuntos de los que toman conocimiento conforme a sus respectivas competencias (control difuso).
> De manera semejante a la descrita en el párrafo anterior, existe un "control de convencionalidad" depositado en tribunales internacionales –o supranacionales–, creados por convenciones de aquella naturaleza, que encomienda a tales órganos de la nueva justicia regional de los derechos humanos interpretar y aplicar los tratados de esta materia y pronunciarse sobre hechos supuestamente violatorios de las obligaciones estipuladas en esos convenios, que generan responsabilidad internacional para el Estado que ratificó la convención o adhirió a ella.
> […] "Este "control de convencionalidad", de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener –como ha sucedido en algunos países– carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos. Esto permitiría trazar un sistema de control extenso –vertical y general– en materia de juridicidad de los actos de autoridades –por lo que toca a la conformidad de éstos con las normas internacionales sobre derechos humanos–, sin perjuicio de que la fuente de interpretación de las disposiciones internacionales de esta materia se halle donde los Estados la han depositado al instituir el régimen de protección que consta en la CADH y en otros instrumentos del *corpus juris* regional. Me parece que ese control extenso –al que corresponde el "control de convencionalidad"– se halla entre las más relevantes tareas para el futuro inmediato del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos".

El razonamiento aportado se aleja de aquella comparación entre el control de constitucionalidad y el control de convencio-

nalidad que se había hecho en el caso *Tibi vs. Ecuador*, explicado por Hitters[81] […]

> El 7 de diciembre de 2004 en el caso *Tibi*[82], García Ramírez volvió a poner la Pica en Flandes sobre esta problemática, sosteniendo, con buen tino, que la tarea de los jueces trasnacionales se asemeja a la de los Tribunales Constitucionales, ya que estos últimos inspeccionan los actos impugnados –disposiciones de alcance general– a la luz de las reglas, los principios y valores de las leyes fundamentales. "La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la *'constitucionalidad'*, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la *'convencionalidad'* de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público –y, eventualmente, de otros agentes sociales– al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía"[83].

La especialidad del control no supone trazar un paralelo con el Tribunal Constitucional, porque la Corte IDH no puede, ni lo debe pretender, traer ante sí todos los casos en que se cuestione la supralegalidad de actos y normas […]

> Un tribunal internacional de derechos humanos no aspira –mucho menos todavía que el órgano nacional– a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones

81. Hitters, Juan Carlos, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación y criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos),* Estudios Constitucionales, Año 7, N° 2, 2009, pp. 109 y ss.
82. Corte IDH, Caso *Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C Nº 114.
83. Corte IDH, Caso *Tibi*, cit, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 3.

> previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes. Este designio, que pone de manifiesto una función de la Corte, sugiere también las características que pueden tener los asuntos llevados a su conocimiento[84].

En suma, concluye Hitters, señalando que cuanto expresa, significa que en el ámbito regional, el país debe tener en cuenta *la jurisprudencia* de ese órgano supranacional y poner en marcha tales criterios en el campo doméstico.

> "En el caso *Raxcacó Reyes*[85] la Corte IDH, llevando a cabo el *control de convencionalidad*, entre el Pacto de San José y el Código Penal guatemalteco, consideró que este último infringía los postulados de aquél, por lo que dispuso que el país debería modificar esta norma punitiva, que permite la pena de muerte en determinadas circunstancias, y que mientras que no se cumpla con tal mandato jurisdiccional: «El Estado deberá abstenerse de dictar la pena de muerte y ejecutar a los condenados por el delito de plagio y secuestro[86]».

> "En el año 2006 en el asunto *López Álvarez*[87] el juez García Ramírez, volvió sobre esta temática cuando le tocó analizar el 'plazo razonable' (arts. 7.5 y 8.1 del Pacto), sosteniendo que «el *control de convencionalidad* debe explorar las circunstancias

84. Corte IDH, Caso *Tibi*, cit., voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 4.
85. Corte IDH, Caso *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C N° 133.
86. Corte IDH, Caso *Raxcacó Reyes*, cit., párr. 145, subpuntos 5, 6, 7 y 8. Se le había impuesto al señor Roland Raxcacó Reyes la pena de muerte por la comisión del delito de plagio y secuestro, pese a que dicha sanción no se encontraba prevista en la ley al momento que Guatemala ratificó la Convención Americana, sólo se admitía cuando como consecuencia de tales hechos, falleciera la persona secuestrada, que no era el caso juzgado.
87. Corte IDH, Caso *López Álvarez Vs. Honduras*, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C N° 141.

dejurey de fado del caso. Es posible que el análisis jurídico sea relativamente sencillo, una vez establecidos los hechos acerca de los cuales se ha producido el litigio, pero éstos pueden ser extraordinariamente complejos y hallarse sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, costosa, azarosa o tardía recaudación. También puede suceder lo contrario: relativa claridad y sencillez de los hechos, en contraste con problemas severos en la apreciación jurídica o en la calificación de aquéllos: pareceres encontrados, jurisprudencia cambiante, legislación incierta, razones atendibles en sentidos diferentes o discrepantes»[88].

"En el caso *Almonacid Arellano*[89] –ahora– la Corte 'en pleno' se ocupó de tal problemática –refiriéndose a delitos de lesa humanidad–, sosteniendo que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y obligados por ende a aplicar las normas vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando el Estado ha ratificado un Tratado, como el Pacto de San José, 'sus jueces' "como parte del aparato Estatal, también están sometidos a ella[90]), lo que les obliga a velar para que los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas jurídicas contrarias a su objeto y fin. En otras palabras «el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas, que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la Convención»[91].

"Repárese que en el asunto referido el Tribunal Interamericano –en pleno– utilizó por primera vez la frase *'control de convencionalidad'*. En el caso *Vargas Areco* fallado en septiembre de 2006, nuevamente el Juez Sergio García

88. Corte IDH, Caso *López Álvarez*, cit, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 30.
89. Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154, párr. 124.
90. Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano*, cit., párr. 124.
91. Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano*, cit., párr. 124.

Ramírez en su Voto Razonado trabajó sobre esta álgida cuestión hablando de 'control de convencionalidad'[92]. Tales expresiones del Magistrado aludido apuntan a noticiar que la Corte IDH debe confrontar las circunstancias internas, tales como actos administrativos, leyes, resoluciones judiciales, etc.; con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia –examen de compatibilidad– entre aquéllos y éstas[93].

"Desde esa vertiente, no debemos olvidar que la lógica del modelo tutelar del Pacto de Costa Rica, reside en la necesidad de apreciar la racionalidad, oportunidad, necesidad, pertinencia y proporcionalidad de determinados hechos desde la perspectiva de los derechos humanos; esto es evidente y de ello se ha ocupado la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cuando se trata de considerar los límites y restricciones para el ejercicio de los derechos o la suspensión de las obligaciones del Estado en esta materia. Cabe decir otro tanto del régimen de garantía establecido por la Convención -e inherente a las obligaciones naturales de un Estado en este ámbito-, al que también se pueden y deben aplicar aquellos patrones de apreciación para estimar su existencia y eficacia, y en este sentido, su correspondencia con la propia Convención[94].

Omissis caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru, referenciado anteriormente.

"[…] El 20 de septiembre de 2007, en el caso *Boyce*[95], la Corte se ocupó nuevamente de esta temática, observando que en la jurisdicción interna se había hecho un análisis puramente constitucional de la cuestión litigiosa en la cual no se tuvieron en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme al

92. Corte IDH, Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 155.
93. Corte IDH, Caso *Vargas Areco*, cit., voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 7.
94. Corte IDH, Caso *Vargas Areco*, cit, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 8.
95. Corte IDH, Caso *Boyce y otros vs. Barbados*, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C N° 169.

Pacto de San José. Se dijo allí que de acuerdo con la Convención de Viena sobre los Tratados (art. 26), el Estado debió cumplir de buena fe con sus obligaciones convencionales, y no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. Ejemplificando, y con un tono docente se señaló allí que la jurisdicción interna no se debió limitar a evaluar si la norma local era constitucional o no, ya que la Corte de Justicia del Caribe (último órgano doméstico), debió también decidir si la ley de Barbados, esgrimida en las sentencias locales, violó o no la Convención[96].

"En el Caso *Heliodoro Portugal*[97], en un asunto referido a la desaparición forzada de personas, el Tribunal de cita adunó que a través de lo que se denomina 'control de convencionalidad', cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, por ende, el derecho doméstico –tal cual ya lo dijimos– debe adecuar sus normas al Pacto de San José.

"La Corte ha interpretado que la 'adecuación' de los preceptos locales implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: *i*) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio; y *ii*) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías criterio que ya había sido fijado con anterioridad"[98].

33. Alcance del control de convencionalidad

Una vez instalado el tema del control de convencionalidad, la Corte IDH se encontró con un fenómeno de impacto que

96. Corte IDH, Caso *Boyce*, cit., párr. 77.
97. Corte IDH. Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C N°186, párrs. 180/181.
98. Hitters, ob. cit., pp. 109 y ss.

quizás no había imaginado. Si bien era lógico suponer que la protección de los derechos humanos debía ser fomentada y alentada en cada Estado parte; y que para ello no era suficiente acomodar el derecho interno con las normas convencionales, lo cierto fue que se abrieron varios frentes de ataque contra el alcance que significaba tener que cumplir la Convención tal como la jurisprudencia supranacional lo dijera.

En el caso "*La Cantuta vs. Perú*"[99] replantea lo dicho en *Almonacid Arellano vs. Chile* ampliando conceptos sobre el deber de cumplimiento y la responsabilidad emergente para el Estado.

Allí sostiene que […]

> En la Convención, este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados, la cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*). Ciertamente el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.
> El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de

99. Corte IDH. Caso *La Cantuta vs. Perú.* Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C N° 162.

algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda.

La obligación que difunde desde estos fallos, le genera un deber de esclarecer la idea que surgía de abrir en el derecho interno un poder jurisdiccional de aplicación, antes que de interpretación. De algún modo se despojaba de aquella mención doctrinaria sobre el diálogo jurisprudencial orientativo, para comenzar a imponer cuanto ella sostenía.

Tal como había ocurrido en su tiempo cuando Kelsen y Schmitt discutían si la Constitución debía ser defendida evitando que sus disposiciones fueran interpretadas; o en su caso, si el control de aplicación permitía al tribunal constitucional tener una lectura especializada de las normas fundamentales; ahora el control de convencionalidad provoca el espejismo de una cuarta instancia.

Pero 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. Cobran relevancia las lúcidas reflexiones de un destacado juez interamericano al referirse precisamente sobre esta cuestión[100].

> La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el "control de convencionalidad" fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede, ni pretende -jamás lo ha hecho-, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno. La expresión de que el Tribunal interamericano constituye una tercera o cuarta instancia, y en todo caso una última instancia, obedece a una percepción popular, cuyos motivos son

100. Párr. 3 del voto razonado formulado por el juez Sergio García Ramírez, a propósito de la sentencia emitida en el Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, de 26 de septiembre de 2006. Serie C Nº 155.

> comprensibles, pero no corresponde a la competencia del Tribunal, a la relación jurídica controvertida en éste, a los sujetos del proceso respectivo y a las características del juicio internacional sobre derechos humanos.

El voto razonado de Eduardo Ferrer Mac Gregor en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*[101] comprende el encuadre formulado, explayando en forma didáctica la doctrina y posiciones muy importantes.

En consecuencia, el alcance que definimos desde el título pretende razonar la actuación que tiene la Corte IDH cuando resuelve un caso. En primer lugar no es un órgano que participe del proceso originario tramitado ante los jueces del Estado que corresponda. El tribunal no es una alzada y su margen de incidencia se reduce al correcto ejercicio del "control de convencionalidad", que supone realizar el test de compatibilidad de la actuación nacional a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de sus Protocolos adicionales y de su propia jurisprudencia convencional.

El artículo 33 de la CADH precisa el límite para conocer "*de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes*" y en general, tiene el objetivo de aplicar e interpretar las normas del Pacto de San José con carácter obligatorio para los Estados Partes que se hayan sometido a su jurisdicción.

Esta obligación, o deber de acatamiento, se extiende a todos los poderes del Estado y, es por esto que, Ferrer Mac Gregor indica […]

> Cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el

101. Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

> Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana[102].

En segundo término, la doctrina que emana del control de convencionalidad se debe diferenciar del control de constitucionalidad, porque si bien es cierto en un primer momento la Corte IDH sostiene que su actuación es una "especie" de fiscalización sobre el principio de supremacía, después debió cambiar lo afirmado en la medida que entre una y otra forma de control, hay diferencias de métodos y sistemas, tanto como los hay en orden a los derechos que se tutelan.

Una asimetría manifiesta aparece con la mención del destinatario, toda vez que el control de constitucionalidad es función judicial, mientras que el control de convencionalidad se dirige a todos los niveles del poder.

Otra disparidad se suscita en algunos sistemas de control de constitucionalidad que impiden trabajar sobre ello si no hay petición expresa de partes; mientras que el control de convencionalidad se dispone como un deber propio del oficio de cualquiera que aplique derechos humanos.

102. Cfr. Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C Nº 149, párr. 172; y Caso *Baldeón García vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C Nº 147, párr. 140.

Otra manifestación a resolver, que se proyecta desde el mensaje de actuar por *todos los jueces,* escala en la organización política del Estado. Por ejemplo, si la Constitución dice que los jueces deben actuar solamente en casos concretos estando prohibido que declare la inconstitucionalidad normativa, desde que solo pueden resolver la inaplicabilidad de la ley cuestionada: ¿qué pasa con el poder de intervención en cuestiones de convencionalidad donde la contradicción entre una norma local y otra proveniente de la CADH permitiría declarar la inconvencionalidad?

Inclusive, en legislaciones que afincan el control de constitucionalidad en Tribunales concentrados parecería contradictorio darle a todos los jueces un poder que desde la Norma Fundamental no tienen.

En *Cabrera García y Montiel Flores* el voto razonado de Ferrer explica […]

> Una de las manifestaciones de este proceso de "internacionalización" de categorías constitucionales es, precisamente, la concepción difusa de convencionalidad que estamos analizando, ya que parte de la arraigada connotación del "control difuso de constitucionalidad" en contraposición con el "control concentrado" que se realiza en los Estados constitucionales por las altas "jurisdicciones constitucionales", teniendo la última interpretación constitucional los Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales o en algunos casos, las Cortes Supremas y otras altas jurisdicciones. En este sentido, el "control concentrado de convencionalidad" lo venía realizando la Corte IDH desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular. Este "control concentrado" lo realizaba, fundamentalmente, la Corte IDH. Ahora se ha transformado en un "control difuso de convencionalidad" al extender dicho "control" a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno, si bien conserva

la Corte IDH su calidad de "intérprete última de la Convención Americana" cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno[103].

34. Obligación de acatamiento general

Veamos, entonces, cada uno de estos interrogantes o planteos que se presentan con el control de convencionalidad.

Entre los antecedentes jurisprudenciales de Argentina, el caso "*Giroldi*"[104] advierte que el grado de influencia de la Convención, aun admitiéndole jerarquía constitucional, lo era en las condiciones de su vigencia, que significa dar preferencia a la interpretación jurisprudencial de los tribunales internacionales competentes.

Ahora bien, esta lectura no ensambla la obligación de actuar con el acatamiento absoluto, sino más bien, trabaja la cuestión con estándares diferentes de articulación y cooperación, en lo que puede llevar a cierta confusión entre el control constitucional, propiamente dicho, y el control de convencionalidad.

Dicho esto porqué la función tiene particularidades distintas aunque laboren con un material de similar contexto. Los derechos humanos tienen esa fisonomía transversal que evita interpretaciones unilaterales o aplicaciones desiguales, desde que la unidad de intelección está en la igualdad para todos.

> La protección internacional se configura como una protección complementaria que no sustituye a la nacional sino que

103. Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *"El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional*", en Fix-Zamudio, Héctor, y Valadés, Diego (coords.), Formación y perspectiva del Estado mexicano, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, pp. 151-188.
104. Fallos de la CS (Argentina), 318:514.

> ambas se presentan como parte de una compleja maquinaria de garantía de derechos en una sociedad abierta y global. Estas dos dimensiones (nacional e internacional) de la protección de los derechos humanos determinan los nuevos entendimientos entre el derecho constitucional e internacional que requieren necesariamente de una "rehabilitación" del Estado en el escenario mundial, así como del fortalecimiento de las instancias supranacionales[105].

Ahora, cuando la técnica de interpretación deduce una conclusión en la sede supranacional, la aplicación no tiene fronteras, sino intelectos que deben seguir ese criterio, u orientarse con el mismo. Quizás algunos hasta disientan con esas conclusiones, dando al control de convencionalidad una suerte de acertijo que va a depender, en mucho, de la política de integración que el Estado resuelva.

La dificultad, entonces, pone énfasis en las cuestiones que se deben resolver como operativas. Algunos podrán colegir que todos los jueces adquieren un poder inesperado de interpretación que puede llegar a ser superior al que tienen los tribunales superiores de un Estado.

> La Suprema Corte de Justicia de México ha señalado que todos los jueces deben llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad. Con la obligación de seguir el control difuso de constitucionalidad, todos los jueces podrían entonces interpretar y revisar la constitucionalidad de las normas o de actos cuya resolución sólo implica efectos *inter partes*, esto es, efectos para el caso concreto. De esta manera, con las nuevas obligaciones de control de convencionalidad, todos los jueces bajo el sistema de control difuso deberían realizar el mismo ejercicio del control de constitucional, pero con los parámetros de

105. Del Toro Huerta, Mauricio, *La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva época, México D. F., N° 112, enero 2005.

convencionalidad de los actos o normas de un caso específico. En la sentencia *Radilla Pacheco*, sobre el control de constitucionalidad y convencionalidad, en conjunto con las disposiciones que ahora establece el artículo 1° constitucional, la SCJN determinó que el artículo 1 constitucional debe leerse junto con el artículo 133 constitucional para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad […]. El marco en que debe realizarse el control de convencionalidad es el mismo que utiliza un juez al aplicar el control difuso de constitucionalidad, pues realiza una interpretación conforme al bloque de constitucionalidad y si este se encuentra conformado por el bloque de convencionalidad, en el mismo ejercicio el juez realiza el control difuso de convencionalidad. En otras palabras, el control de constitucionalidad debe atender el control de convencionalidad, esto es, que las normas constitucionales sobre derechos humanos deben interpretarse también de conformidad con los tratados internacionales y con la jurisprudencia convencional[106].

Otros no le darán tanto vuelo al juez ordinario ni al tribunal constitucional obligándolos a seguir la jurisprudencia de la Corte IDH.

> En Colombia, la Corte Constitucional afirma que no es juez de convencionalidad, esto significa que, no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado.
> En efecto […]: "La confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución". Como se indicó, el fundamento normativo de las disposiciones internacionales que se integran al bloque se deriva de cláusulas constitucionales expresas en las que se efectúan remisiones directas a dichas normas y principios, incorporándolos al ordenamiento interno con rango constitucional para efectos de precisar y complementar el sentido de las mismas[107].

106. Bustillo Marín, Roselia, *El control de convencionalidad: La idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral*. Tribunal Federal Electoral, año 2012, pp. 1-75.

En estos casos, la cuestión será resolver si la jurisprudencia es una guía o un régimen a seguir sin más alternativas. En Colombia, cuando se planteó el problema constitucional de entender a la homosexualidad como falta disciplinaria de un educador, o si tal decisión afectaba la intimidad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad de los docentes, la Corte Constitucional se orientó por la interpretación jurisprudencial de tribunales supraestatales y dijo […]

> Conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, es claro que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad, ni una anormalidad patológica, que deba ser curada o combatida, sino que constituye una orientación sexual legítima, que constituye un elemento esencial e íntimo de la identidad de una persona, por lo cual goza de una protección constitucional especial, tanto en virtud de la fuerza normativa de la igualdad como por la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Todo lenguaje tendiente a estigmatizar a una persona por su orientación sexual es entonces contrario a la Carta y es explícitamente rechazado por esta Corporación. En ese mismo orden de ideas, toda diferencia de trato fundada en la diversa orientación sexual equivale a una posible discriminación por razón de sexo y se encuentra sometida a un control constitucional estricto.
> En síntesis, conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, es claro que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad, ni una anormalidad patológica, que deba ser curada o combatida, sino que constituye una orientación sexual legítima, que constituye un elemento esencial e íntimo de la identidad de una persona, por lo cual goza de una protección constitucional especial, tanto en virtud de la fuerza normativa de la igualdad como por la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP

107. Sentencia C 941/2010 (Colombia).

arts. 13 y 16). Todo lenguaje tendiente a estigmatizar a una persona por su orientación sexual es entonces contrario a la Carta y es explícitamente rechazado por esta Corporación. En ese mismo orden de ideas, toda diferencia de trato fundada en la diversa orientación sexual equivale a una posible discriminación por razón de sexo y se encuentra sometida a un control constitucional estricto. Ahora bien, conforme a los criterios desarrollados por esta Corporación y por otros tribunales constitucionales y de derechos humanos, para que un trato diferente satisfaga los estándares de un escrutinio estricto es necesario (i) no sólo que la medida estatal pretenda satisfacer un interés legítimo sino que es menester que se trate de una necesidad social imperiosa. Además, (ii) el trato diferente debe ser no sólo adecuado para alcanzar ese objetivo trascendental sino que debe ser estrictamente necesario, esto es, no debe existir ninguna otra medida alternativa fundada en otros criterios de diferenciación; y (iii), finalmente, debido a que se trata de un escrutinio estricto, la Corte debe evaluar con severidad la proporcionalidad misma de la medida, esto es, debe aparecer de manera manifiesta que el trato diferente permite una realización sustantiva de la necesidad que se pretende satisfacer sin afectar intensamente a la población afectada por la medida de diferenciación. Con ese estándar, entra la Corte a analizar la legitimidad de la consagración de la homosexualidad como falta disciplinaria en el ejercicio docente[108].

También podrán darse supuestos de resistencia que lleven a desconocer la regla de convencionalidad. Es el caso de *Venezuela* que en la sentencia del Tribunal Supremo impide la ejecución de una sentencia de la Corte IDH diciendo […]

> En un mensaje directo a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos exigió el "control de convencionalidad" y la aplicación de las interpretaciones que ese órgano realiza sobre la Convención Americana, al señalar: "Sin perjuicio de ello, conforme lo ha establecido en su jurisprudencia previa,

108. Sentencia C 481/98 (Colombia).

> este Tribunal recuerda que 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 de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, 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. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ´control de convencionalidad` entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.
>
> (…omissis…)
>
> En conclusión, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar (supra párr. 225), con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen, adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso"[109].

109. La sentencia dictada en el expediente 11-1130 de fecha 26 de septiembre de 2011 sostiene que es "inejecutable el fallo de la Corte IDH, de fecha 1 de septiembre de 2011, en el que se condenó al Estado Venezolano, a través "de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE)," a asegurar "que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales"; anuló las Resoluciones del 24 de agosto de 2005 y 26 de septiembre de 2005, dictadas por el Contralor General de la República, por las que inhabilitaron al referido ciudadano al ejercicio de funciones públicas por el período de 3 y 6 años, respectivamente; y se condenó a la República Bolivariana de Venezuela al pago de costas y a la adecuación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal. Para asi resolver consideró que el ciudadano Leopoldo López Mendoza gozaba de los derechos políticos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por tratarse solo de una inhabilitación administrativa y no política.

Es evidente así, que la oscilación o alternancia en seguir la interpretación de la CADH por los órganos encargados por el Sistema para cumplir esa misión, pone en juego la eficacia de la protección general a los derechos humanos.

Claro está que la afirmación no significa creer en la infalibilidad de la Corte, ni sostener que ella tiene una injerencia directa en el derecho interno. Pero, al mismo tiempo, no confiar en un mecanismo al que se llega voluntariamente, supone obrar en contra de los propios actos, constituyendo para el Estado una acción que se expone en abierta contradicción con la confianza que en otros despierta con su actitud de incorporarse a una supremacía que, en el caso, proviene de la propia Convención.

La doctrina promueve una inteligencia depuradora de conceptos, tanto como la unificación de criterios en orden a como leer y aplicar los Tratados y Convenciones que, en conjunto, constituyen el derecho internacional de los derechos humanos.

Es cierto que hay dificultades, pero también lo es que no se puede actuar conforme estándares de conveniencia o acomodados a intereses particulares. De hacerlo, se estaría violando el principio fundamental de igualdad.

Para Ernesto Jinesta […]

> El control de convencionalidad implica la necesidad de despojarse de una serie importante de lastres histórico-dogmáticos muy arraigados en la ciencia jurídica, derribar una serie de mitos (v.gr.: la supremacía exclusiva de la Constitución) y, en definitiva, un nuevo paradigma del Derecho Público de los países del sistema interamericano.
> Debe reconocerse que tratándose de los Tribunales y Salas Constitucionales, en cuanto se acepta que dictan sentencias vinculantes y con efectos *erga omnes* que declaran la nulidad de una norma o disposición local por contrariar el parámetro de convencionalidad, expulsándola del ordenamiento jurídico con autoridad de cosa juzgada constitucional, el control de convencionalidad difuso ejercido por estos órganos suele ser más incisivo y de mayor alcance que aquél otro que pueden ejercer los jueces ordinarios. En efecto, los jueces de legalidad, únicamente, pueden desaplicar, para el caso concreto y con limitados o relativos efectos jurídicos o *inter partes* la norma o disposición local "inconvencional" al carecer de las competencias que ostentan los Tribunales y Salas constitucionales[110].

35. Control de convencionalidad en Ecuador

La propia Corte Constitucional afirma que […]

> En virtud de la irradiación constitucional que experimenta el ordenamiento jurídico ecuatoriano, dentro del cual no solo existe un reconocimiento expreso de la supremacía constitucional, sino también de la jerarquía de los instrumentos internacionales de derechos humanos, el control de convencionalidad se constituye en un mecanismo básico para la garantía de los derechos, en tanto permite que los órganos jurisdiccionales no se limiten a un análisis de sus disposiciones internas, sino que además recurran a los instrumentos internacionales y la interpretación efectuada de estos, a fin de dotar de contenido integral a los derechos. Por ende a la dignidad humana, de lo que se deriva un control integral sobre el respeto a los derechos constitucionales/humanos[111].

110. Jinesta, Ernesto, *Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales*, en "El control difuso de convencionalidad (Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces locales), FUNDAp, Querétaro (México), 2012, pp. 269-288.
111. Corte Constitucional, 17 de septiembre de 2014, en Sentencia n° 003-14-SIN-CC. Caso N° 0014-13-IN y acumulados N° 0023-13-IN y 0028-13-IN

En tal sentido, para el examen de constitucionalidad la función habitual de la interpretación conforme se armoniza con los instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales, conforme a lo dispuesto en el artículo 424 de la Constitución, cuando reconocen derechos más favorables a los contenidos en la Carta Fundamental del Estado, prevalecen sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

En consecuencia, para garantizar de mejor forma los derechos constitucionales, el control de constitucionalidad no debe ser visto como el único mecanismo a ser implementado por la Corte. Sino que además se debe tener en cuenta la existencia del control de convencionalidad como el mecanismo por medio del cual los jueces nacionales pueden efectuar el análisis de una norma, tomando en consideración la CADH, y las sentencias que dotan de contenido a la Convención cuando ellas sean emitidas por la Corte IDH.

Reconoce el tribunal que el control de convencionalidad tiene su origen en el desarrollo del sistema interamericano de Derechos Humanos, del que se desprende un control concentrado de convencionalidad y el control difuso de convencionalidad. El primero es el efectuado por la Corte IDH cuando al conocer un caso concreto determina la compatibilidad de un acto supuestamente violatorio de derechos con el Pacto de San José y todos aquellos instrumentos derivados de este. Por su parte, el segundo es el efectuado por los jueces de las jurisdicciones nacionales, cuando analizan los casos que compatibiliza con el ordenamiento jurídico interno, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia dictada por la Corte supranacional.

Esta afirmación supone introducir una variable en la forma como se toma la jurisprudencia que no se genera en el país. Algunos lo llaman *diálogo jurisprudencial* donde se trata de

compatibilizar la fuente jurídica que interpreta la Corte IDH con las normas que usa el juez local procurando un efecto útil de la inteligencia que hace el tribunal internacional.

Dice Bazán que […]

> Tal mandato de *interpretación conforme* con aquellas fuentes jurídicas debe ser leído no en términos de una vinculación jerárquica, sino en función del deber de decantarse por la interpretación de la norma más favorable y efectiva hacia la protección de los derechos, garantías y libertades (principio *pro persona* o *favor libertatis*), en la línea de sentido del art. 29 de la CADH.
> La Constitución Política de un Estado, con el vigor normativo que les inherente, y los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, como las disposiciones contenidas –*inter alia*– en la CADH y los estándares hermenéuticos que a su respecto traza la Corte IDH, dan forma a un bloque jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: *la defensa y la realización de los Derechos Fundamentales*[112].

36. El régimen jerárquico de Ecuador para el control de convencionalidad

La Constitución establece en el art. 424 […]

> La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

112. Bazán, Víctor, *Estimulando sinergias: De diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad,* en "El control difuso de convencionalidad" (Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales) (Eduardo Ferrer Mac Gregor – Coordinador), Fundap, Querétaro (México), 2012, pp. 13/14.

> La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Por su lado el artículo 425 dispone que […]

> El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.
> En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.
> La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

El orden jerárquico dispuesto pone en primer lugar a la Constitución y después a los tratados y convenios internacionales, de modo tal en ambos casos se deduce la misma conclusión: *el control de convencionalidad es interpretación normativa antes que un precedente jurisprudencial.*

Esta lectura se ajusta al progreso reseñado por la doctrina, cuando señala que del diálogo jurisprudencial se va al control de convencionalidad[113].

> En ese orden de cosas, es que en el marco de una interpretación más garantista y/o tuitiva de los derechos humanos "para efectos del parámetro del "control de convencionalidad", por "jurisprudencia" se debe comprender toda interpretación que la Corte IDH realice a la Convención Americana, a sus protocolos adicionales, y a otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza que sean integradas a dicho *corpus iuris interamericano*, materia de competencia del tribunal interamericano. Las interpretaciones a esta normatividad convencional no sólo comprenden las realizadas en las sentencias en los "casos contenciosos", sino también las interpretaciones efectuadas en las demás resoluciones. Así, quedan compendiadas las interpretaciones realizadas al resolver "sobre medidas provisionales"; sobre "supervisión de cumplimiento de sentencias" o, incluso, sobre la instancia de "solicitud de interpretación de la sentencia" en términos del artículo 67 del Pacto de San José. Asimismo, deben comprender las interpretaciones derivadas de las "opiniones consultivas" a que se refiere el artículo 64 del citado pacto, debido, precisamente, a que tiene como finalidad "la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Se forma de esta de esta manera un auténtico "bloque de convencionalidad" para ejercer el "control difuso de convencionalidad". Los jueces nacionales deben atender a este "bloque", lo que implica, por parte de ellos, una permanente actualización de la jurisprudencia de la Corte IDH y propicia una "viva interacción" entre las jurisdicciones nacionales y la interamericana, con la finalidad última de establecer estándares en nuestra región para la protección efectiva de los derechos humanos"[114].

Claro está que no hay resentimiento de la soberanía política de los Estados, a quienes la aplicación de criterios les llega para facilitar la ejecución del Pacto, antes que para imponerles obligaciones.

Tampoco se trata de unificar con la creación indirecta de un *corpus iuris comune*, sino de compatibilizar el derecho inter-

113. Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional n° 72, Porrúa, México, 2013.

114. Ferrer Mac Gregor, Eduardo. *Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nº 131, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM - Mayo-Agosto, 2011, p. 943.

no poniendo los mejores esfuerzos para que se consiga, al menos, un estándar de plenitud y eficacia para los derechos humanos.

De allí que no se pueda ver en la sentencia transnacional una ejecución forzosa del pronunciamiento, el que en todo caso, se circunscribe a las modalidades dispuestas para la reparación dejando lo puramente normativo en el cuadro de lo indefectible o vinculante.

La particularidad del control de convencionalidad surte de dos situaciones diferentes. Por un lado, cuando la Corte IDH ha realizado la interpretación; y cuando no lo ha hecho.

En el primer caso, se trata de la más pura realización del principio de autoridad jurisdiccional, porqué la decisión obliga a los jueces y tribunales internos a seguir el sentido asignado al precepto, que en caso de contradicción manifiesta con la normativa local, pone en cabeza de las autoridades del Estado el deber de compatibilidad.

En el caso *Ximenes Lópes vs. Brasil*[115], se puede ver con claridad el impacto que tiene una decisión interpretativa […]

> En el ámbito de dicha Convención, las obligaciones contenidas en sus artículos 1.1 y 2 constituyen la base para la determinación de responsabilidad internacional de un Estado. El artículo 1.1 de la Convención pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respetar y de garantizar los derechos, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención. A su vez, el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías[116].
>
> En relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. La Corte considera que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado.
>
> La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos. La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud.

115. Corte IDH. Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006.

En la segunda situación, ante la inexistencia de pronunciamientos concretos sobre la norma del Pacto que se debe aplicar, la Corte IDH autoriza a que sean los jueces locales quienes realicen el "control difuso de convencionalidad". Inclusive, argumenta que esa es la función primera porque su intervención solamente es subsidiaria.

116. Cfr. Caso *Gómez Palomino*, *supra* nota 21, párr. 91; Caso *de la Masacre de Mapiripán, supra* nota 21, párr. 109; y Caso *Lori Berenson Mejía*. Sentencia 25 de noviembre de 2004. Serie C N° 119, párr. 219.

> Cabe advertir que la Corte Interamericana aclara que los jueces y tribunales ordinarios deben ejercer el "control de convencionalidad" "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes", con lo que les otorga un margen de discrecionalidad judicial limitado por el ordenamiento jurídico interno o local. Obviamente, en los sistemas iberoamericanos que cuentan con una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, esto es, adscrita al Poder Judicial o una Corte Suprema de Justicia, encargadas del control de constitucionalidad, es evidente que el concepto de jueces y tribunales alcanza a tales Salas Constitucionales y Cortes Supremas. La duda podría surgir cuando el sistema jurídico tiene un Tribunal Constitucional independiente de la estructura y organización del Poder Judicial, por cuanto, podría entenderse, pese a la exhortación de la Corte Interamericana de ejercer un control de constitucionalidad –que resulta válido en un modelo difuso o desconcentrado– y de convencionalidad, que no se refiere, explícitamente, a los Tribunales Constitucionales de carácter independiente o autónomo[117].

Cuando es el tribunal nacional quien concreta el control de convencionalidad que no tiene expresión concreta de la Corte IDH, sus definiciones no tienen alcance *erga omnes*. Es decir, puede fijar criterios provisionales, *inter partes*, sujetos a control nacional inmediato (a través de un régimen de "cuestiones de inconvencionalidad", que constituye una alternativa atendible, entre otras) e invariablemente condicionados a definiciones supranacionales[118].

De este modo, existiendo interpretación, el control de aplicación del sentido acordado le corresponde a todos los poderes del Estado encargados de dar operatividad y ejecución.

117. Jinesta, Ernesto, *Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales*, en "El control difuso de convencionalidad (Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces locales), FUNDAp, Querétaro (México), 2012, pp. 269 – 288
118. García Ramírez, Sergio, *El cotrol judicial interno de convencionalidad*, Revista IUS vol. 5 n°28 Puebla, julio/diciembre 2011, pp. 123-159.

En el caso *Gelman vs. Uruguay*[119], se consideraban las leyes de amnistía dispuestas por el gobierno, que impedían investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos sufridas por las víctimas y sus familiares. Uruguay debió derogar dicha normativa.

> A la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Parte tienen el deber de adoptar providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención y, una vez ratificada la Convención Americana corresponde al Estado, de conformidad con el artículo 2 de la misma, adoptar todas las medidas para dejar sin efecto las disposiciones legales que pudieran contravenirla, como son las que impiden la investigación de graves violaciones a derechos humanos puesto que conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, además que impiden a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad de los hechos.
>
> La incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe sólo a las denominadas "autoamnistías" y ello en atención, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la ley de amnistía, a su ratio legis: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas. La incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

En el caso de la *Corte Suprema de Justicia de Ecuador*[120], la Comisión IDH había solicitado que se ordenara al Estado la

119. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones).
120. Corte IDH. Caso de la *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. Sentencia de 23 de agosto de 2013 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

adopción de medidas de no repetición, incluyendo las que fueran necesarias para que la normativa interna y la práctica relevante obedezcan a criterios claros y aseguren garantías en la designación, permanencia y remoción de jueces y jueza, conforme a las normas establecidas en la Convención Americana[121].

La Corte concluyó que los magistrados de la Corte Suprema fueron destituidos mediante una resolución del Congreso Nacional dictada sin competencia, y violando el debido proceso, por lo que se vulneró el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de las veintisiete (27) víctimas del presente caso, por haber sido cesadas en sus funciones por un órgano incompetente que no les dio la oportunidad de ser oídos.

Por otra parte, la Corte declara la violación del artículo 8.1 en relación con el artículo 23.1.c y el artículo 1.1 de la Convención Americana, por la afectación arbitraria a la permanencia en el ejercicio de la función judicial y la consecuente afectación a la independencia judicial.

La situación obligaba, como se había dado en el caso *Apitz Barbera vs. Venezuela,* a una reforma legal que no se cumplió totalmente.

> En el Caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, la Corte IDH conoció de la destitución de los ex-jueces provisorios de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, por haber incurrido en un error judicial inexcusable al conceder un amparo cautelar que suspendió los efectos de un acto administrativo que había negado el registro de una compraventa. En el caso, el Tribunal Interamericano observó que los Estados están obligados a asegurar que los jueces provisorios sean independientes y, por ello, debe otorgarles cierto tipo de estabilidad y permanencia en el cargo, puesto que la provisionalidad no equivale a libre remoción. Asimismo, la provisionalidad no debe significar alteración alguna del régimen de garantías para el buen desempeño del juzgador y la salvaguarda de los propios justiciables[122]. De hecho, para la Corte IDH algunas formas de garantizar la independencia de los jueces son un adecuado proceso de nombramiento y una duración establecida en el cargo.

121. En similar sentido, en el Caso *Apitz vs. Venezuela* se estableció que "teniendo en cuenta que la garantía de permanencia o estabilidad en el cargo de todo juez, titular o provisional, debe operar para permitir el reintegro a la condición de magistrado de quien fue arbitrariamente privado de ella, el Tribunal considera que como medida de reparación el Estado deberá reintegrar a las víctimas al Poder Judicial, si éstas así lo desean, en un cargo que tenga las remuneraciones, beneficios sociales y rango equiparables a los que les correspondería el día hoy si no hubieran sido destituidos". Caso *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*, párr. 246.

Cuando se afrontan estas situaciones, el problema no es el control de convencionalidad, sino la ejecución en el derecho interno de los pronunciamientos de una jurisdicción internacional reconocida.

La interpretación no es contraria a la Constitución, como algunas veces se arguye como argumento para desconocer cuanto se debe aplicar. En todo caso, el dilema es articular la deducción practicada en sede internacional con las disposiciones del derecho interno.

36.1 Alcance hacia otros funcionarios

Las formas de aplicar la deducción alcanzada por la Corte IDH, se desenvuelve en acciones concretas de los poderes encargados de llevarlo a cabo. Puede ser la *administración pública*, cuando es advertida sobre un déficit normativo que genera desigualdad o violación directa en alguno de los derechos del hombre; o tiene que hacerlo el *legislador* directo (el Congreso) o

122. Caso *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182, párr. 43.

indirecto (por decretos, reglamentos, etc.) cuando se trata de disposiciones de carácter general.

A veces, es la propia Corte IDH quien delega la actuación correspondiente en el Estado, indicando cual si fuera una sentencia normativa por exhortación del tipo que pronuncian los tribunales constitucionales[123].

El tribunal se ha pronunciado otras veces sobre ordenamientos que pudieran entrar en conflicto con las disposiciones de la Convención, tomando en cuenta que es deber de los Estados Parte, conforme a los artículos 1 y 2 de la propia Convención, respetar los derechos y libertades contenidos en ese instrumento internacional, garantizar su libre y pleno ejercicio y adoptar las medidas necesarias para hacerlos efectivos. Asimismo, es deber de dichos Estados abstenerse de adoptar medidas que contradigan el objeto y fin de la Convención[124]. Estas consideraciones se refieren, desde luego, al ámbito del Derecho internacional, no a los efectos de la norma local en el orden interno del Estado interesado[125].

Sergio García Ramírez ha dicho […]

> Sobre este asunto, considero que la decisión de la Corte no implica, en modo alguno, el desconocimiento de la conveniencia y necesidad de dictar normas de amnistía que contribuyan al restablecimiento de la paz, en condiciones de libertad y justicia, al cabo de conflictos internos que se pretende resolver con medidas de esta naturaleza, entre otras. Por el contrario, es plausible que se lleve adelante un esfuerzo de este género, encauzado por los principios aplicables del Derecho internacional y nacional, alentado por la participación de los sectores involucrados y asumido en el marco de las instituciones democráticas […].
> En suma, he considerado pertinente señalar que, en mi concepto, el pronunciamiento de la Corte en el presente caso no pugna con los esfuerzos que se hagan para favorecer la paz interna y la reconciliación entre sectores de la comunidad nacional, aun cuando desde luego toma en cuenta las características que el Derecho internacional, la jurisprudencia y la doctrina recientes consideran indispensables para que ese propósito se obtenga en forma compatible con el respeto a los derechos humanos, causa común de los Estados Parte en la Convención Americana[126].

123. Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Teoría de la sentencia constitucional,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional (en prensa).
124. Cfr. *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A N° 13, párr. 26; y Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A N° 14, párrs. 32, 33, 50 y 58.1.
125. Cfr. OC-14/94, cit., párr. 34.

36.2 Límites

Otra proyección sobre el interrogante acerca de cuáles son los órganos encargados de aplicar y realizar el control de convencionalidad, estriba en ciertas situaciones que solo admiten la intervención judicial.

En este caso, solamente le corresponde a jueces y tribunales (ordinarios o constitucionales) y se suscita según la interpretación se realice de manera genérica, o en algún caso concreto.

En los primeros tiempos la Corte IDH afirmaba que no podía interpretar un texto de la Convención que no se hubiera alegado en el derecho interno; de este modo, pedía que la posibilidad de articulación debía ser introducida en el proceso local y desde allí generar la revisión por el proceso transnacional [127].

126. Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez en relación con la sentencia de reparaciones dictada por la Corte IDH. Corte IDH. *Castillo Páez vs. Perú*. Sentencia de 3 de noviembre de 1997 (Fondo).
127. Corte IDH. Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Serie C N° 21, párr. 50.

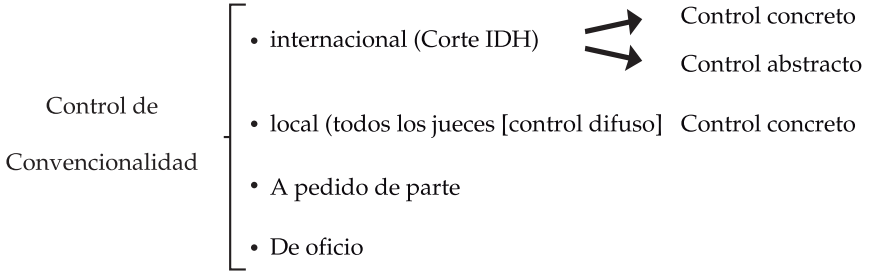
La tendencia fue cambiando y en el caso *El Amparo vs. Venezuela*[128] el voto en disidencia de Cançado Trindade abrió una brecha en la sólida jurisprudencia precedente, donde dejó en claro que la infracción convencional se produce por el sólo hecho de que la norma doméstica esté vigente (aunque no haya sido aplicada)[129].

Después del caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú*" fue señalado que […]

> Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones[130].

En síntesis, el cuadro siguiente esquematiza el control de convencionalidad respecto de los órganos encargados de aplicarla.

128. Corte IDH. Caso *El Amparo vs. Venezuela*. Sentencia de 14 de septiembre de 1996, Serie C N° 28, Voto Disidente del Juez Cançado Trindade, párr. 3. Agregó dicho magistrado que […] "un individuo puede, bajo determinadas condiciones, reivindicar ser víctima de una violación de derechos humanos perpetrada por la simple existencia de medidas permitidas por la legislación, sin que hayan sido a él aplicadas..." (párr. 5).
129. Cfr. Hitters, Juan Carlos, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación*, La Ley 2009-D, 1205.
130. Corte IDH. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).



37. Objeto del control de convencionalidad

El tema se relaciona con la diferencia entre hacer control de constitucionalidad y practicar control de convencionalidad. Recordemos que la Corte IDH habló de cierto paralelo entre ambas funciones, considerando que lo actuado en la instancia supranacional era una "especie" de control constitucional.

En este tiempo, toda norma contraria al Pacto de San José se reputaba violatoria y opuesta a los derechos humanos consagrados, debiendo el Estado dictar normas de adecuación conforme el mandato impuesto en el artículo 2 de la CADH.

En el caso de la exposición del film "*La Última Tentación de Cristo*", se había probado que en Chile había un sistema de censura previa para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y que el Consejo de Calificación Cinematográfica prohibió en principio la difusión de la película, y luego, al recalificarla, permitió que se hiciera solo para mayores de 18 años.

Esta censura era contraria al Pacto y la Corte dijo […]

> Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.
> A la luz de todas las consideraciones precedentes, la Corte declara que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes[131].

La disposición contraria, primero pensada como confrontación simple entre una norma y la contenida en la Convención, no tuvo en cuenta las reservas que el Estado podía formular al adherir al Sistema y reconocer la jurisdicción de la Corte.

Era posible que esas reservas pudieran esconder el uso de normativa opuesta al sentido tuitivo que el Pacto genera.

La Corte sentó criterio en cuanto a la interpretación de reservas a la Convención[132]. Primero, consideró que se debía

131. Corte IDH. Caso "*La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).
132. Cfr. *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75). Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 2, párr. 35, y Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A N° 3, párrs. 60/66.

aplicar un análisis estrictamente textual. Segundo, había que considerar debidamente el objeto y propósito del tratado correspondiente[133] que, en el caso de la Convención Americana, implica "*la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*".

Además, se debe interpretar la reserva de conformidad con el artículo 29 de la Convención, según el cual no se debe interpretar una reserva a fin de limitar el goce y el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención a un mayor alcance que aquél dispuesto en la reserva misma[134].

En el caso *Boyce vs. Barbados* la Corte tiene que resolver esta situación y proclama una ampliación sobre el contenido comparatista que antes se efectuaba […]

> Textualmente, el primer párrafo de la reserva en cuestión específicamente refiere al artículo 4.4 de la Convención, el cual excluye la aplicación de la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos. En este sentido, el Estado expresó en forma explícita en el texto de su reserva el propósito y el alcance de ésta, declarando que "desea hacer una reserva sobre este punto, ya que en ciertas circunstancias podría considerarse que la traición es delito político y cae dentro de los términos del [artículo 4.4 de la Convención]. El segundo párrafo de la reserva se enfoca, del mismo modo, a la preocupación especial del Estado sobre el artículo 4.5 de la Convención respecto de la aplicación de la pena de muerte a personas menores de 16 y mayores de 70 años.
> La Corte ha considerado, en otras ocasiones, que una reserva a la Convención "no reserva más de lo expresado textualmente en la misma"[135]. En este caso, el texto de la reserva no afir-

133. Cfr. artículo 75 de la Convención Americana y artículo 19 de la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados (en el cual se indica que las reservas a un tratado deben ser compatibles con el objeto y el propósito del tratado).
134. Cfr. *Restricciones a la Pena de Muerte* (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra nota 7, párr. 66.
135. Cfr. *Restricciones a la Pena de Muerte* (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra nota 7, párr. 69.

> ma, explícitamente, si la imposición de pena de muerte es obligatoria para el delito de homicidio y tampoco expresa si la legislación de Barbados permite la imposición de otras penas u otros métodos para llevar a cabo la pena de muerte en relación con dicho delito. En este sentido, la Corte considera que una interpretación textual de la reserva hecha por el Estado de Barbados al momento de su ratificación de la Convención Americana claramente indica que el propósito de la reserva no fue excluir de la competencia de la Corte el análisis de la naturaleza obligatoria de la pena de muerte ni su forma particular de ejecución por medio de la horca. Por lo tanto, el Estado no puede acogerse a su reserva para tales efectos en el presente caso.

El avance que promueve este caso, va delineando la distancia entre hacer control de constitucionalidad interno, donde la tarea de confrontar tiene como espejo donde reflejarse a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de modo que si la norma no coincide con los parámetros convencionales es inconstitucional.

Y lo es porque se considera al Pacto y demás tratados sobre derechos humanos, dentro del bloque de constitucionalidad expresamente agregado a la Constitución con igual jerarquía (como el caso de Argentina a través del artículo 75.22).

La inconstitucionalidad es producto de la inconvencionalidad, que en este período se toma como un cuerpo intangible e inmodificable, porque sus cláusulas se coligen de una vez y para siempre.

El desarrollo jurisprudencial progresivo y constante fue cambiando la fisonomía. La protección de la CADH en términos de comparación no permitía la flexibilidad de criterios o la insinuación de un perfil necesario en orden a las circunstancias donde los derechos se debían aplicar.

Es decir, cuando en *Boyce* se aventura un panorama más amplio que confrontar lo que se tiene en el derecho interno, permitiendo proyectar lo que éste necesita para adecuar su regulación a las normas convencionales, se instala un permiso para inaplicar toda norma opuesta. Esto se consagra en *Almonacid Arellano* y avanza en *Trabajadores Cesados* cuando la Corte admite el control de convencionalidad de oficio. Es dable afirmar que, permite a los jueces locales invocar la CADH como fundamento de sus decisiones, sin necesidad de que las partes lo pidan.

Con el mencionado caso *Radilla Pacheco*, y sobre todo en el voto razonado de Eduardo Ferrer Mac Gregor en el caso *Cabrera García - Montiel Flores vs. México* se construye la teoría del control de convencionalidad dejándolo emplazado.

De este modo, el objeto que fiscaliza la actuación se razona sobre tres pilares que la propia jurisprudencia supranacional fue elaborando.

Primero, el principio de la *pacta sunt servanda,* proveniente del derecho internacional, según el cual cuando un Estado asume compromisos internacionales, contrae el deber de cumplirlos aunque su derecho interno le oponga reparos.

Segundo, se introduce el *efecto útil* de la Convención propiciando que los Estados partes pongan sus mejores esfuerzos por darle eficacia al Sistema Interamericano.

Y *tercero*, se subraya la importancia de conseguir un *Corpus Iuris Americano*, que se visualiza con mayor acierto cuando vemos que los fallos de la Corte IDH rara vez se apoyan en las decisiones de su homónimo Tribunal Europeo, dando entender que el control de convencionalidad es una posición propia y elaborada sobre fundamentos y razones debidamente establecidos.

Para Sagüés […]

> El juez local tendría que comenzar su análisis de la norma nacional a partir del *Pacto de San José* y de la aludida jurisprudencia, antes que iniciar el entendimiento de ella con los insumos jurídicos nacionales (v.gr.: antecedentes y propósitos de la cláusula bajo examen). Eso se explica por el realmente muy importante proceso de adaptación y de conformación con la regla interna con los parámetros externos, que deben iluminar y guiar la comprensión y la efectivización de las normas locales.
> Por último, pareciera que el juez nacional, ya como órgano represivo, ya como órgano constructivo, en cualquiera de estas dos facetas actúa fundamentalmente como *aplicador* de directrices previamente enunciadas o por el Pacto de San José, o por la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Y es cierto que, con frecuencia, así ocurrirá[136].

La función tiene riesgos inevitables cuando no hay disposiciones claras de la Convención, o sobre ellas u otras, no exista jurisprudencia esclarecedora.

El activismo que se promueve con el control difuso de convencionalidad permite a todos los operadores dar una lectura particular a las normas del Pacto. Inteligencia que, como en todos los sistemas de control difuso, puede generar alternancia, diversidad de enfoques, sentimientos contradictorios, y tantas cuestiones más propias de un mecanismo poco previsible.

Aun con el control de revisión interno, en modelos constitucionales como el Argentino que tiene en la Corte Suprema de Justicia de la Nación el órgano de cierre de la interpretación final y única de la Constitución Nacional, la gravedad es

136. Sagüés, Néstor Pedro, *El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo.* En "El control difuso de convencionalidad (Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces locales), FUNDAp, Querétaro (México), 2012, pp. 421-453.

mayor, porqué la interpretación de la CADH quizás no llegue a la máxima instancia, y la solución acordada en instancias menores, tendrá aplicación *inter partes,* es cierto; no tendrá efectos *erga omnes,* también es verdad, pero habrá construido una doctrina legal de tipo convencional que no creemos sea del modelo que el Sistema IDH aspira tener.

Dice García Ramírez […]:

> "El control de convencionalidad entraña la aplicación del orden supranacional, nacionalmente aceptado y colectivamente formulado, en lo que toca a definiciones de derechos y libertades, asignación de responsabilidades y consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos contraventores de aquel orden. El control se acoge a lineamientos que le confieren congruencia en el examen de todas esas cuestiones. Además, representa esto mismo: congruencia, no ocurrencia con propósito puramente innovador o protagónico; puede ser el fruto de un activismo bien entendido, pero no podría (no debería) comprometerse con un activismo desbocado. Así las cosas, el control de constitucionalidad no dispersa ni atomiza, sino reúne y sistematiza".
> "En su propia vertiente, el control que ahora examino se halla al servicio de la justicia y la seguridad jurídica. Parece innecesario decirlo, pero es conveniente insistir en ello: no debe culminar en siembra de injusticia ni de inseguridad general o particular. Existe el riesgo de que así ocurra cuando se carece de encaminamiento razonable, preciso, sistemático, y aparecen, sin concierto, ensayos de control que no obedecen a un conocimiento profundo y una conducción armoniosa de la interpretación jurisdiccional en esta materia […]".
> "Diré, finalmente, que el control de convencionalidad, desplegado con seriedad, competencia y acierto, favorece y fertiliza el diálogo jurisprudencial (o bien, jurisdiccional) interno e internacional. Contribuye a erigir, detallar, enriquecer, e impulsar la cultura jurídica común, conforme al proyecto favorecedor del ser humano y conductor del poder público"[137].

Pero también es alarmante que el control de convencionalidad se permita a todos aquellos que ejerzan una autoridad pública reglamentaria. Esta apertura que se concreta en el caso *Cabrera García - Montiel Flores vs. México* agrega en la obligación de realizar el control, además de *todos* los jueces, a cualquier órgano vinculado a la administración de justicia en todos los niveles (quienes están obligados a actuar de oficio).

La ampliación puede encontrar lecturas polivalentes. De algún modo lo que se trata de indicar es que cuando están en juego derechos humanos, el órgano encargado de resolver la situación práctica (que se puede dar en un caso concreto, o ante una situación hipotética) tiene que aplicar los estándares convencionalizados. Si éstos han sido interpretados por los órganos del Sistema, habrá que guiarse por estos postulados; si no lo han hecho, tendrán que actuar haciendo interpretación conforme al Pacto, dejando de lado el derecho interno.

Por ello, algunos podrán colegir que "lo convencional" es aquello que los jueces o funcionarios competentes del derecho local interpreten, pudiendo así desvirtuar el contenido.

Por ejemplo en *Castillo Petruzzi vs. Perú*[138], el Estado asumió la posición de […]

a) Invalidar y ordenar la modificación de normas constitucionales y legales, que escapa a su competencia establecida en los artículos 63.1 y 64.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales sólo facultan al Tribunal para pronunciarse sobre la compatibilidad del derecho interno con dicha Convención, siempre que un país lo solicite;
b) que como la Corte no puede ordenar al Perú la modificación de sus normas, si éste iniciara un nuevo proceso tendría que aplicar las normas vigentes, las que ordenan el juzgamiento en el fuero militar. En consecuencia, la Corte Interamericana podría declarar la nulidad del proceso y la libertad de los procesados;
c) que si se cumpliera la sentencia de la Corte se crearía la posibilidad de que otros individuos puedan acudir al sistema interamericano, a pesar de haber transcurrido el plazo de caducidad de seis meses establecido en el artículo 46.1.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para presentar las denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos;
d) que la "orden" de la Corte de modificar la Constitución Política del Perú y su derecho interno, afecta la soberanía del Estado, ya que esta "orden" obliga a los Congresistas a votar en determinado sentido […].

137. García Ramírez, Sergio, *El cotrol judicial interno de convencionalidad*, Revista IUS vol. 5 n° 28 Puebla, julio/diciembre 2011, pp. 123-159.
138. Corte IDH. Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Resolución de 17 de noviembre de 1999 (Cumplimiento de Sentencia).

Situaciones semejantes han generado interpretaciones contrarias en Venezuela, Ecuador, Perú y México entre los más evidentes, y hasta existen segundas intenciones (debilitar el sistema) en los agrupamientos de países que persiguen cambios estructurales y normativos en el Sistema.

Por ello, debería crearse una suerte de interpretación conforme a la CADH con pautas menos elásticas que las actuales, que tiendan a fortalecer el mecanismo sustancial y procesal de defensa y promoción de los derechos humanos.

> Otras críticas provienen de aquellos que acusan de "neopunitivista", "antidemocrática" y "antiliberal" a la Corte Interamericana. Según estas posturas, en aras de garantizar los derechos de las víctimas, el Tribunal ha desarrollado estándares que minimizan garantías procesales de los imputados, particularmente en temas tan sensibles como la aplicación retroactiva de leyes penales, el desconocimiento del plazo razonable de investigación y el derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos[139]. Estas críticas caracterizarían al "derecho penal de los derechos humanos" como un ejemplo más de la utilización y expansión del sistema penal

para solucionar todos los males sociales a partir de la restricción de garantías a los procesados, quienes deben ser "condenados de cualquier manera"[140].

38. Diferencias con el activismo procesal

El activismo judicial se ha promovido con la intención de hacer efectivo el ejercicio de la función de juzgar, recreando con inteligencia y eficacia, en el marco de la solución justa, la ausencia de normas orientadoras o la aplicación de ellas en el sentido de darle el mejor rendimiento.

En los primeros tiempos de verificación de la incidencia de la jurisprudencia supranacional en el derecho interno, fue evidente que la confrontación se realizó sobre el texto pétreo de la Convención. Vale decir, el juez local que no contaba con la opinión expresada en forma consultiva o desenvuelta en la jurisdicción contenciosa por la Corte IDH, espejaba el derecho interno con el Pacto y procuraba, antes que interpretar en forma creativa, aplicar la norma convencional con el fin de evitar incompatibilidades.

Cuando la jurisprudencia se desarrolló, y la Corte multiplica sus decisiones, comienza un período de transición con diversidades, donde existieron acatamientos voluntarios y resistencias manifiestas.

139. Pastor, Daniel, *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*. Nueva Doctrina Penal, 1, Buenos Aires, 2005, pp. 73-114. Malarino, Eduardo, *Activismo judicial, punitivización y nacionalización: Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En "El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos" (Daniel Pastor, director), Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, pp. 21-61.

140. Para Vera, Oscar, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates,* Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 13, N° 1, Noviembre (2012), pp. 5-51.

Esta fase que se ha dado en llamar de *diálogo jurisprudencial*, era propio para un sistema de protección internacional de los derechos humanos que se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad). Dicho en otros términos, la jurisprudencia transnacional marca un camino, sin cuestionar las decisiones internas.

Y esto fue lógico porque la Corte IDH no es un tribunal de casación; ni genera una instancia de revisión de la cosa juzgada. No juega con la soberanía del Estado y sus instituciones jurisdiccionales, desde que la misión pura del Sistema es promover y proteger derechos humanos.

Este período focaliza el control en una mera tarea de compatibilidad o incompatibilidad, sin que se desenvuelvan proyecciones internas en declaraciones de inconstitucionalidad, o de inaplicabilidad legal.

Para Nogueira Alcalá […]

> Un primer tipo de diálogo se desarrolla inserto en el seno de un sistema jurídico en que el Estado es parte de un ordenamiento internacional o supranacional al que se vincula y tiene el aspecto de verticalidad en la medida que toma cuerpo entre un juez interno y un juez internacional, siendo este último el cual tiene la última palabra en las materias en que el Estado parte se ha sometido a su jurisdicción vinculante, en el ámbito de su competencia. La participación de los estados como partes de ordenamientos convencionales que aseguran y garantizan derechos humanos establecen restricciones procesales específicas en relación a los órdenes jurídicos internos que van a obligar a los jueces domésticos a dialogar necesariamente con los jueces internacionales, como asimismo a coordinar y armonizar la jurisprudencia nacional con la de la Corte Internacional, debiendo asegurar el juez interno al menos el estándar mínimo común o "protección equivalente" a la que brinda la jurisprudencia de la Corte Internacional respectiva[141].

38.1 Compatibilidades

El control de convencionalidad significa mucho más que interpretar conforme. El ajuste puede estar basado en la jurisprudencia; aplicarlo sobre estándares incuestionables; o bien, apoyarse en la inteligencia deducida de las normas convencionales.

El primer caso es tema ya largamente explicado. Se trata de verificar si las decisiones de la Corte IDH son obligatorias en el derecho interno y, en su caso, si obligan a todos los poderes del Estado a realizar obligaciones sin necesidad de recurrir al sistema jurisdiccional de la ejecución de sentencias.

Aquí la duda que se plantea parte de considerar que, si es la propia Corte quien admite su función complementaria o subsidiaria, no se debiera, entonces, cuestionar que los jueces locales se aparten de sus decisiones.

El segundo se podría presentar dentro del espacio del activismo judicial desde el cual los jueces nacionales tienen que compatibilizar el derecho interno con la CADH, y –como dice Ferrer Mac Gregor– […] "siempre atendiendo a la Convención Americana, especialmente para valorar lo que podríamos denominar el "debido proceso convencional" (en sentido amplio)[142].

141. Nogueira Alcalá, Humberto, *Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006 - 2011*, Estudios constitucionales vol.10 n° 2 Santiago 2012, pp. 57 y ss.

142. Si bien no existe de manera expresa referencia al "debido proceso" en la Convención Americana, el conjunto de derechos del propio Pacto y el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH, ha creado, en su conjunto, lo que podría denominarse el "debido proceso convencional", integrado por diversos derechos. En un interesante voto concurrente, Sergio García Ramírez advierte que "[…] Entre los temas examinados con mayor frecuencia por la Corte Interamericana se halla el llamado debido proceso legal, concepto desenvuelto por la regulación y la jurisprudencia angloamericana. El Pacto de San José no invoca, literalmente, el "debido proceso". Con otras palabras, sin embargo, organiza el sistema de audiencia, defensa y decisión entrañado en aquel concepto. Cumple esta misión –esencial para la tutela de los derechos humanos– con diversas expresiones y en distintos preceptos, entre ellos el artículo 8º, que figura bajo el rubro de "Garantías judiciales". Lo que se pretende con ello es asegurar al individuo que los órganos del Estado llamados a determinar sus derechos y deberes –en múltiples vertientes– lo harán a través de un procedimiento que provea a la persona con los medios necesarios para defender sus intereses legítimos y obtener pronunciamientos debidamente motivados y fundados, de manera que se halle bajo el amparo de la ley y al abrigo del arbitrio" (Párr. 3, del voto razonado que formuló, en relación con la Sentencia del *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile.* Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 151).

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.

Aquí, ahora, cambia la orientación por la verticalidad. El juez local está atado a una construcción de principios y debe juzgar con ese alcance.

De este sentido son el derecho a la verdad; el deber de investigación; el uso de principios especiales como el *favor libertatis, pro homine,* entre otros.

> En este ámbito de diálogo vinculado y con cierto carácter vertical, debe tenerse presente las resistencias provocadas por pre-conceptos, prejuicios y paradigmas mentales, producto de una formación jurídica que no consideró en su momento la apertura de los sistemas jurídicos al derecho y a las judicaturas internacionales y supranacionales, lo que requiere abrirse a la nueva jurídica y la asimilación de ellas por los jueces domésticos, respecto de lo cual el tiempo debe hacer su trabajo con el objeto de que los tribunales y cortes nacionales se acostumbren al derecho integrado y acepten todas las consecuencias procedimentales del mismo, sin perjuicio de la incorporación de estas nuevas perspectivas a los planes de estudio de las Facultades de Derecho, en pre y posgrado y en las escuelas o academias judiciales, las cuales han tenido en la

materia una reacción tardía, mientras otras aún ignoran y no dan cuenta del problema ni de la materia[143].

38.2 Control difuso de convencionalidad

Otra manifestación del control tiene un espacio más grande para actuar. En este, los jueces locales interpretan como partícipes del control difuso de convencionalidad.

Cuanto interesa destacar aquí es la intensidad de los efectos que se procuren. El asunto *Gelman vs. Uruguay* antes citado, da testimonio de cuánto se puede realizar. En el caso[144], el poder judicial uruguayo había hecho control difuso declarando la *incompatibilidad* de la ley de amnistía con el derecho a la verdad que estaba implícito en la convención. Pero esta declaración no se consideró suficiente porque la norma conservaba validez desde que la *inaplicación* se había declarado en el caso concreto, sin darle efectos *erga omnes*.

Lo interesante es observar que, aun actuando en el derecho jurisdiccional local el control de convencionalidad que se recla-

143. Nogueira Alcalá, Humberto, *Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006 - 2011*, Estudios constitucionales vol.10 n° 2 Santiago 2012, pp. 57 y ss.

144. Los hechos alegados por la Comisión se refieren a la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman desde finales del año 1976, quien fue detenida en Buenos Aires, Argentina, mientras se encontraba en avanzado estado de embarazo. Se presume que posteriormente fue trasladada al Uruguay donde habría dado a luz a su hija, quien fuera entregada a una familia uruguaya, actos que la Comisión señala como cometidos por agentes estatales uruguayos y argentinos en el marco de la "Operación Cóndor", sin que hasta la fecha se conozcan el paradero de María Claudia García y las circunstancias en que su desaparición tuvo lugar. Además, la Comisión alegó la supresión de la identidad y nacionalidad de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, hija de María Claudia García y Marcelo Gelman y la denegación de justicia, impunidad y, en general, el sufrimiento causado a Juan Gelman, su familia, María Macarena Gelman y los familiares de María Claudia García, como consecuencia de la falta de investigación de los hechos, juzgamiento y sanción de los responsables, en virtud de la Ley N° 15.848 o Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (en adelante "Ley de Caducidad"), promulgada en 1986 por el gobierno democrático del Uruguay.

ma, pueden existir interpretaciones que confunden y entorpecen la vigencia efectiva de los derechos.

En síntesis, las implicancias del control de convencionalidad están excelentemente resumidas por Carlos Ayala Corao [145], en las siguientes:

a) En primer lugar el *objeto* de este control son todos los actos y conductas del Estado, incluidas sus políticas públicas. De allí que todo el ordenamiento jurídico del Estado, comenzando por la propia Constitución, y siguiendo con las leyes, actos administrativos, sentencias y demás actos, están sujetos al examen de compatibilidad con la CADH (art. 1°) y demás normas convencionales.

b) En segundo lugar, los *órganos responsables* de ejercer este control en el derecho interno, son todos los poderes públicos del Estado. Así, tanto el Poder Legislativo, como el Ejecutivo, el Judicial y los demás poderes públicos, deben adoptar las medidas necesarias que permitan el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos en las normas convencionales (art. 2, CADH). Y en caso de que exista algún acto incompatible con las normas convencionales que impida el goce y ejercicio efectivo de esos derechos, todos los órganos del poder público, en el ámbito de sus competencias, están ob1igadas a adoptar las medidas necesarias para que dicho acto sea reformado, suprimido, derogado, revocado o anulado, según sea el caso. Se trata en definitiva, del deber de adoptar las medidas necesarias para suprimir los efectos de los actos del Estado incompatibles con las normas convencionales.

c) En tercer lugar, si bien todos los órganos del Estado tienen el deber de ejercer el control de convencionalidad, los jueces y tribunales tienen una obligación especial de garantizarlo a través del control judicial interno de la convencionalidad.

145. Ayala Corao, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad,* cit. pp. 158/9.

Ello, en virtud de la obligación de los jueces y tribunales de proteger de manera efectiva a toda persona, contra los actos que violen sus derechos reconocidos en la CADH, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales (art. 25).

d) En, cuarto lugar, el parámetro del control de convencionalidad de los actos estatales son: la CADH y las demás normas convencionales de conformidad con las interpretaciones dadas a su contenido y alcance por la Corte IDH, como intérprete último y auténtico de dichas normas.
Por otro lado, no es dable confundir el control judicial de la convencionalidad con otros mecanismos procesales de derecho interno, como es el control de constitucionalidad. El hecho de que se haya declarado judicialmente que en acto es conforme al derecho interno declarando expresamente su constitucionalidad, es indiferente para los efectos convencionales.

e) En quinto lugar, el control de convencionalidad debe ser realizado por los órganos del Estado incluidos los jueces, en el marco de sus competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. No obstante, dichos órganos tienen esa obligación de ejercer el control de convencionalidad, aun de oficio (*ex officio*).

f) En sexto lugar, el resultado del control de convencionalidad debe ser efectivo. Ello quiere decir, que el control debe resultar en garantizar la no aplicación ("privar de sus efectos") *ab initio* y con carácter general (*erga omnes*) de las normas incompatibles con la CADH y demás normas convencionales. En este sentido, como lo hemos afirmado, las técnicas de control convencional deben garantizar dicho resultado de manera general y con efectos desde el momento en que se dictó el acto, para privarlo de sus efectos y consecuencias. De allí el problema que pueden representar algunos sistemas judiciales de control difuso de la convencionalidad, carentes de estas características correctivas incluido el efecto vinculante obligatorio del precedente.

g) Y en séptimo lugar, el no ejercicio del control de convencionalidad por parte de los órganos del Estado, para privar de sus efectos jurídicos a un acto incompatible con la CADH conforme a las interpretaciones dadas por la Corte IDH, genera *per se* la responsabilidad internacional del Estado.